LAS RAZONES DEL DERECHO
Teorías de la argumentación jurídica

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 134

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Cuidado de la edición: Jorge Yescas
Formación en computadora: Juan Rendón Martínez

MANUEL ATIENZA

LAS RAZONES DEL DERECHO

Teorías de la argumentación jurídica

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2005

Primera edición: 2003
Segunda reimpresión: 2005
DR © 2005 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-0364-7

CONTENIDO

Nota preliminar XIII
Prólogo para la edición mexicana XVII

CAPÍTULO PRIMERO
DERECHO Y ARGUMENTACIÓN 1
I. Introducción 1
II. El ámbito de la argumentación jurídica 1
III. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: explicar y justificar 4
IV. El concepto de validez deductiva 8
V. Corrección formal y corrección material de los argumentos . 13
VI. Silogismo teórico y silogismo práctico 14
VII. Argumentos deductivos y no deductivos 17
VIII. El silogismo judicial y sus límites 20
IX. Aspectos normativos y fácticos de la argumentación jurídica 23
X. Justificación interna y justificación externa 25
XI. Lógica jurídica y argumentación jurídica 26

CAPÍTULO SEGUNDO
LA TÓPICA Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO 29
I. El contexto de aparición de la tópica jurídica 29
II. Theodor Viehweg: una concepción tópica del razonamiento jurídico 32

1. El desarrollo histórico de la tópica 32
2. Características de la tópica 33
3. Tópica y jurisprudencia 35

III. Consideraciones críticas 37
1. Imprecisiones conceptuales 37
2. La fortuna histórica de la tópica y de la lógica 39
3. Tópica y justicia 40
4. ¿Una teoría de la argumentación jurídica? 40
5. Sobre el desarrollo de la tópica jurídica 41
6. Sobre el carácter descriptivo y prescriptivo de la tópica . . 41
7. ¿Qué queda de la tópica jurídica? 42

CAPÍTULO TERCERO
PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA 45

I. El surgimiento de la nueva retórica 45

II. La concepción retórica del razonamiento jurídico 47
1. Lógica y retórica 47
2. Los presupuestos de la argumentación 49
3. El punto de partida de la argumentación 50
4. Las técnicas argumentativas 53

III. La lógica como argumentación 61

IV. Una valoración crítica de la teoría de Perelman 65
1. Una teoría de la razón práctica 65
2. Crítica conceptual 66
3. Crítica ideológica 70
4. Crítica de la concepción del derecho y del razonamiento jurídico 73
5. Conclusión 79

CAPÍTULO CUARTO
LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE TOULMIN 81
I. Una nueva concepción de la lógica 81
II. Una concepción no formal de la argumentación 83
1. Introducción. ¿Qué significa argumentar? 83
2. El modelo simple de análisis de los argumentos 84
3. El modelo general. La fuerza de los argumentos 87
4. Tipos de argumentos 89
5. Tipos de falacias 93
6. La argumentación jurídica 95
III. Valoración crítica de la concepción de Toulmin 97
1. ¿Una superación de la lógica? 98
2. La contribución de Toulmin a una teoría de la argumentación 102

CAPÍTULO QUINTO
NEIL MACCORMICK: UNA TEORÍA INTEGRADORA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 105
I. Introducción 105
1. La teoría estándar de la argumentación jurídica 105
2. Argumentación práctica y argumentación jurídica según MacCormick. Planteamiento general 107
II. Una teoría integradora de la argumentación jurídica 109
1. La justificación deductiva 109
2. Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles 112
3. La justificación en los casos difíciles. El requisito de universidad 114
4. La justificación de segundo nivel. Consistencia y coherencia 117
5. Los argumentos consecuencialistas 122

6. Sobre la tesis de la única respuesta correcta. Los límites de la racionalidad práctica 125

III. Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick 130
1. Sobre el carácter deductivo del razonamiento jurídico . . 130
2. Un análisis ideológico de la teoría 141
3. Sobre los límites de la razón práctica 144

CAPÍTULO SEXTO

ROBERT ALEXY: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO DISCURSO RACIONAL 149

I. Introducción 149
1. Planteamiento general: argumentación práctico-general y argumentación jurídica 149
2. La teoría del discurso de Habermas 150

II. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy 154
1. La teoría del discurso como teoría procedimental. Fundamentación de las reglas del discurso 154
2. Las reglas y formas del discurso práctico general 157
3. Los límites del discurso práctico general 162
4. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. La teoría de la argumentación jurídica 164
5. Los límites del discurso jurídico. El derecho como sistema de normas (reglas y principios) y de procedimientos . 172

III. Una crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy 176
1. Crítica a la teoría del discurso en general 177
2. Críticas a la teoría del discurso jurídico 190

CAPÍTULO SÉPTIMO

PROYECTO DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 203

I. Introducción 203

II. El objeto de la teoría 204
III. Problemas metodológicos 207
1. Representación de la argumentación 208
2. Criterios de corrección 215
IV. Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica . . . 216

APÉNDICE

Justificación de las decisiones judiciales según Robert S. Summers 221
Bibliografía 233

Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, 2a. reimpresión, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 4 de agosto de 2005 en Litoroda S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares.

NOTA PRELIMINAR

El tema de este libro, la argumentación jurídica, me ha interesado desde hace bastante tiempo por diferentes razones. La más importante es que yo no concibo —y, por tanto, tampoco quisiera practicar— la filosofía del derecho como una disciplina cerrada y elaborada no sólo por filósofos del derecho, sino *también* para ellos. En mi opinión, la filosofía del derecho debe cumplir una función intermediaria entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales, por el otro. Ello quiere decir también que los destinatarios de los escritos iusfilosóficos no deberían ser únicamente otros filósofos del derecho, sino también —e incluso fundamentalmente— los cultivadores de otras disciplinas, jurídicas o no, así como los juristas prácticos y los estudiantes de derecho.

Puesto que la práctica del derecho consiste de manera muy fundamental en argumentar, no tendría por qué resultar extraño que los juristas con alguna conciencia profesional sintieran alguna curiosidad por cuestiones —sobre las que versa este libro— como las siguientes: ¿Qué significa argumentar jurídicamente? ¿Hasta qué punto se diferencia la argumentación jurídica de la argumentación ética o de la argumentación política o, incluso, de la argumentación en la vida ordinaria o en la ciencia? ¿Cómo se justifican racionalmente las decisiones jurídicas? ¿Cuál es el criterio de corrección de los argumentos jurídicos? ¿Suministra el derecho una única respuesta correcta para cada caso? ¿Cuáles son, en definitiva, las razones *del* derecho: no *la razón* de ser del derecho, sino las *razones jurídicas* que sirven de justificación para una determinada decisión?

Ahora bien, si estas son —como yo supongo— cuestiones relevantes para la práctica del derecho, entonces también tendrán que serlo para la dogmática jurídica —cuya justificación, en último término, sólo puede venir de los servicios que pueda rendir a aquella— y, *a fortiori*, para los estudiantes de derecho que, se supone, son quienes en el futuro deberán continuar —¡y ojalá también renovar!— la labor en uno y otro campo. Finalmente, me parece que los cultivadores de otras ciencias sociales o de

otras ramas de la filosofía probablemente encontrarían en las diversas tradiciones de reflexión sobre el derecho —y, en particular, en la teoría de la argumentación jurídica— mucho más de lo que en principio podrían —y parecen— pensar. Su habitual falta de cultura jurídica explica el desinterés —o, directamente, el desdén— intelectual con que muchas veces contemplan el mundo del derecho, lo que en sí mismo no tendría por qué ser grave; lo que lo vuelve grave es que con ello se privan de poder entender aspectos esenciales de la sociedad.

Me apresuro a aclarar que no pretendo haber escrito un libro que pueda interesar a un público tan amplio como el antes descrito o que suministre respuestas adecuadas a cuestiones tan importantes como —en mi opinión— las apuntadas. Mi deseo hubiese sido ese, pero estoy perfectamente consciente de no haberlo logrado más que en una pequeña medida. Eso no impide, por los demás, que siga pensando que esos son los objetivos que deben perseguir —al menos normalmente— los trabajos iusfilosóficos, los cuales no tienen por qué perder rigor por el hecho de dirigirse a un auditorio amplio. No creo que en la filosofía del derecho —ni probablemente en ninguna, o casi ninguna, ciencia social o rama filosófica— haya algo de verdadera importancia que no pueda decirse de manera comprensible para cualquier persona medianamente culta y dispuesta a hacer un esfuerzo serio por entenderlo. Las dificultades a las que hay que hacer frente aquí son de otro tipo y tienen que ver, más bien, con la falta de ideas o con la falta de ideas claras. Sólo espero que el lector no vaya a descubrir, precisamente en esta ocasión, que esas carencias no impiden escribir bastantes páginas sobre un tema.

Los siete capítulos del libro están estructurados como sigue. El primero pretende ofrecer una introducción general a los conceptos básicos de la teoría de la argumentación jurídica, tomando como punto de partida la noción de inferencia deductiva. Los tres siguientes están dedicados a las obras de los tres autores que pueden considerarse como precursores —en la década de los años cincuenta— de la actual teoría de la argumentación jurídica y que tienen en común, precisamente, el rechazo de la lógica formal deductiva como modelo sobre el cual desarrollar esa teoría; me refiero a la tópica de Viehweg, a la nueva retórica de Perelman y a la lógica informal de Toulmin. En los capítulos quinto y sexto estudio, respectivamente, las concepciones de MacCormick y de Alexy, que vienen a configurar lo que podría llamarse la teoría estándar (actual) de la argumentación jurídica. En relación con la obra de estos cinco autores, he seguido

un mismo método expositivo que quizás parezca excesivamente lineal, pero que estimo pedagógicamente útil: en primer lugar, me he esforzado por presentar un resumen —a veces bastante amplio— comprensible y no distorsionado de las ideas del autor acerca de la argumentación; luego he tratado de mostrar cuáles son las principales objeciones que cabe plantear a esa concepción. Finalmente, en el último capítulo presento —en la forma de un simple proyecto— mi idea de cómo tendría que ser una teoría plenamente desarrollada y crítica de la argumentación jurídica, que espero ir elaborando en los años sucesivos.

En realidad, debo decir que este es un libro que nunca quise escribir —aunque pueda parecer extraño que escribir un libro sea un ejemplo de acción no intencional— en el sentido de que mi objetivo era —y es— una investigación más amplia, en lugar de arrancar sencillamente de una exposición crítica de las teorías de la argumentación jurídica existentes para desarrollar, a partir de ahí, una concepción propia. El libro que yo hubiese querido escribir —y que tal vez escriba— debería ser algo así como el revelado —y ampliado— de lo que ahora es el negativo.

El origen de este libro (que el lector tiene en sus manos o, al menos, no muy lejos de ellas), se remonta a los cursos de filosofía del derecho que vengo impartiendo estos últimos años en la facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, así como a diversos seminarios desarrollados en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en el Instituto Tecnológico Autónomo de México y en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. A todos cuantos tuvieron que escucharme entonces deseo agradecerles su paciencia pero, sobre todo, sus observaciones y comentarios, que, sin duda, han contribuido en una buena medida a aclarar conceptos y corregir errores. Finalmente —y de manera muy especial— tengo que agradecer la ayuda que me han prestado mis compañeros del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, que han debatido conmigo todos y cada uno de los capítulos y apartados del libro. Una discusión a fondo de un trabajo no tiene por qué dar como resultado un buen libro; sí, al menos, un libro mejor de lo que en otro caso hubiese sido. El lector juzgará si ello es suficiente.

PRÓLOGO PARA LA EDICIÓN MEXICANA

Todas las cosas existentes pueden clasificarse cómodamente según un criterio simple: unas muy pocas mejoran; otras —las más—, no con el paso del tiempo. Este libro cae, desde luego, dentro de la segunda categoría; pero con ello no pretendo sugerir que fuera bueno cuando apareció por primera vez, en el año 1991. Lo que quiero decir es que el transcurso de una década ha contribuido a desactualizar un trabajo que, esencialmente, trataba de dar cuenta de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica. Para decirlo con más precisión: lo que entonces escribí a propósito de las diversas concepciones de la argumentación jurídica, que han tenido una gran influencia desde los años cincuenta (la de los lógicos; la de los *precursores*, Viehweg, Perelman y Toulmin; y la de los representantes de la *teoría estándar*: MacCormick y Alexy) me sigue pareciendo hoy básicamente correcto, pero incompleto; y las sugerencias que hacía —en el último capítulo— sobre cómo construir una teoría del razonamiento jurídico que superara algunos de los déficits que me pareció encontrar en las anteriores concepciones, las he desarrollado —y sometido a un proceso de ajuste— en una serie de artículos que he publicado desde entonces.

Las circunstancias anteriores parecerían hablar a favor de una versión *corregida y aumentada* de aquel libro, pero hay un factor que me ha impedido hacerlo --o mejor, intentarlo. La experiencia me dice, en efecto, que los libros —o, al menos, cierto tipo de libros— no pueden, en sentido estricto, corregirse: o se escribe uno nuevo, o se dejan como están. Como escribir otro libro sobre la argumentación jurídica es algo que dejo para una futura ocasión, he optado por dejar este como estaba, añadiéndole simplemente un capítulo —en forma de apéndice—, en el que analizo una concepción de la argumentación jurídica que surgió en los años setenta y que ya entonces —cuando escribí el libro— debí haber examinado.

No estoy seguro de que lo anterior pueda servir como justificación para esta nueva edición. Lo que, en todo caso, la explica es la amabilidad

de algunos amigos mexicanos y, en particular, de Rodolfo Vázquez. Como tantas otras veces, la única manera que veo de corresponder a su amistad (una de las cosas, si es que aquí puede hablarse de *cosa*, a las que el paso del tiempo ha añadido valor) es dándole las gracias.

Universidad de Cornell, Ithaca, octubre de 2001

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN 1

I. Introducción 1

II. El ámbito de la argumentación jurídica 1

III. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: explicar y justificar 4

IV. El concepto de validez deductiva 8

V. Corrección formal y corrección material de los argumentos . 13

VI. Silogismo teórico y silogismo práctico 14

VII. Argumentos deductivos y no deductivos 17

VIII. El silogismo judicial y sus límites 20

IX. Aspectos normativos y fácticos de la argumentación jurídica 23

X. Justificación interna y justificación externa 25

XI. Lógica jurídica y argumentación jurídica 26

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un *buen jurista* tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad. Sin embargo, muy pocos juristas han leído alguna vez un libro sobre la materia y seguramente muchos ignoran por completo que exista algo así como una *teoría de la argumentación jurídica*. Este libro pretende ofrecer una respuesta —por lo demás incompleta— a las cuestiones de qué significa argumentar jurídicamente y cómo se ha procurado contestar a esta última cuestión. Desde luego, alguien puede contar con una buena —incluso excelente— capacidad argumentativa, aunque tanga muy poco que decir sobre las dos anteriores cuestiones. Pero esa circunstancia —sin duda, feliz— parece ser compatible con la pretensión de que un libro de teoría del derecho como este pueda suscitar, al menos en principio, algún interés entre los juristas en general. En este primer capítulo presentaré los que pueden considerarse conceptos básicos de la teoría de la argumentación jurídica y trataré de aclarar, particularmente, la noción de argumento deductivo.

II. EL ÁMBITO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría o las teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. En principio, pueden distinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la *producción o establecimiento* de normas jurídicas. Aquí, a su vez, podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una

fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa. Las primeras se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución —total o parcial— se piensa que puede ser la adopción de una medida legislativa. Ejemplo de ello son las discusiones sobre la despenalización o no (y en qué casos sí o no) del aborto, de la eutanasia o del tráfico de drogas, o sobre la regulación del llamado *tráfico de influencias*. Otro tipo de argumentaciones surgen cuando un problema pasa a consideración del parlamento o de algún órgano de la Administración, lo haya o no discutido previamente la opinión pública. Mientras que en la fase prelegislativa puede considerarse que los argumentos tienen, en general, un carácter más político y moral que jurídico, en la fase legislativa los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo *técnico-jurídico* las que pasan a un primer plano. En todo caso, las teorías de la argumentación jurídica de que disponemos no se ocupan prácticamente de ninguno de estos dos contextos de argumentación.

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la *aplicación* de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares. Aquí, a su vez, cabría distinguir entre argumentaciones en relación con problemas concernientes a los hechos, o bien al derecho (estos últimos, en sentido amplio, podrían llamarse problemas de interpretación). Puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones —los casos difíciles— relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia. Ahora bien, la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica.

Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la *dogmática jurídica*. La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de

las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones. Dichos procesos de argumentación no son muy distintos de los que efectúan los órganos aplicadores, puesto que de lo que se trata es de suministrar a esos órganos criterios —argumentos— dirigidos a facilitarles —en sentido amplio— la toma de una decisión jurídica consistente en aplicar una norma a un caso. La diferencia que, no obstante, existe entre ambos procesos de argumentación podría sintetizarse así: mientras que los órganos aplicadores tienen que resolver casos concretos (por ejemplo, si se les debe o no alimentar por la fuerza a los presos en huelga de hambre para obtener determinados cambios en su situación penitenciaria),[1] el dogmático del derecho se ocupa de casos abstractos (por ejemplo, el de determinar cuáles son los límites entre el derecho y la vida y el derecho a la libertad personal, y cuál de los derechos debe prevalecer en caso de que entren en conflicto). Con todo, parece claro que la distinción no puede efectuarse siempre —o, quizás, casi nunca— en forma muy tajante. Por un lado, porque el práctico necesita recurrir a criterios suministrados por la dogmática, al menos cuando se enfrenta con casos difíciles (por ejemplo, para adoptar una decisión fundamentada sobre la primera cuestión antes planteada, habría que contestar a la segunda con carácter previo), al tiempo que la dogmática se apoya también en casos concretos. Por otro lado, porque en ocasiones los tribunales —o cierto tipo de tribunales— tienen que resolver casos abstractos, esto es, sus decisiones pueden no consistir simplemente en cordenar a *X* a pagar una cierta cantidad de dinero o en absolver a *Y* de determinado delito, sino también en declarar que determinada ley es inconstitucional, que un reglamento es ilegal, o que cierta norma debe interpretarse en cierto sentido. Por lo demás, algunos tribunales, al decidir un caso concreto, crean

1 A finales de 1989, varios presos de los Grupos Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO) se declararon en huelga de hambre como medida para conseguir determinadas mejoras en su situación carcelaria. Básicamente, con ello trataban de presionar a favor de la reunificación de los miembros del grupo en un mismo centro penitenciario, lo que significaba modificar la política de dispersión de los presos por delito de terrorismo del Gobierno. En los meses sucesivos, diversos jueces de vigilancia penitenciaria y varias Audiencias provinciales tuvieron que pronunciarse acerca de si cabía o no autorizar la alimentación por la fuerza de dichos reclusos cuando su salud estuviera amenazada, precisamente como consecuencia de la prolongación de la huelga de hambre. La solución que dieron algunos órganos judiciales fue autorizar la alimentación cuando los presos se encontraran en estado de plena consciencia y manifestaran su negativa. Otros, por el contrario, entendieron que la Administración sólo estaba autorizada a tomar este tipo de medidas cuando el preso hubiera perdido la consciencia. Un análisis de las diversas argumentaciones llevadas a cabo a propósito de este caso puede verse en Atienza (1990a).

jurisprudencia, lo que significa que la regla en que basan su decisión —y que viene expresada en la *ratio decidendi* del fallo— tiene un carácter general y abstracto y vale, en consecuencia, para los casos futuros.

III. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: explicar y justificar

En la filosofía de la ciencia se suele distinguir (*cfr*. Reichenbach, 1951) entre el *contexto de descubrimiento* y el *contexto de justificación* de las teorías científicas. Así, por un lado está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última tarea requiere un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y se rige por las reglas del método científico (que, por tanto, no se aplican en el contexto de descubrimiento). La distinción se puede trasladar también al campo de la argumentación en general, y al de la argumentación jurídica en particular (*cfr*. Wasserstrom, 1961, y Golding, 1984, pp. 23-23). Así, una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión. Si pensamos en el argumento que concluye afirmando: *A los presos del Grapo se les debe alimentar por la fuerza*, podemos trazar la distinción entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que movieron a un determinado juez a dictar esa resolución y las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada). Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una *razón explicativa*; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una *razón justificatoria*. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas.[2]

2 "Las razones explicatorias se identifican con los motivos. Ellas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicatoria o motivo está dado por una combinación de creencias y deseos [...]. Las razones justificatorias u obje-

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación no coincide con la distinción entre discurso descriptivo y prescriptivo, sino que tanto en relación con uno como con otro contexto, se puede adoptar una actitud descriptiva o prescriptiva. Por ejemplo, se puede describir cuáles son los móviles que llevaron al juez a dictar una resolución en el sentido indicado (lo que significaría explicar su conducta); pero también se puede prescribir o recomendar determinados cambios procesales para evitar que las ideologías de los jueces —o de los jurados— tengan un peso excesivo en las decisiones a tomar (por ejemplo, haciendo que tengan más relevancia otros elementos que forman parte de la decisión, o proponiendo ampliar las causas de recusación de jueces o jurados). Y, por otro lado, se puede describir cómo, de hecho, el juez en cuestión fundamentó su decisión (se basó en el argumento de que, de acuerdo con la Constitución, el valor vida humana debe prevalecer sobre el valor libertad personal); o bien, se puede prescribir o sugerir —lo que exige a su vez una justificación— cómo debiera haber fundamentado el juez su decisión (su fundamentación tenía que haberse basado en otra interpretación de la Constitución, que subordina el valor de la vida humana al valor libertad personal).

En todo caso, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos permite, a su vez, distinguir dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. Por un lado está la perspectiva de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para explicar el proceso de toma de decisiones al que se llega, en parte, por medio de argumentos. En el campo del derecho, uno de esos modelos es el de la *información integrada,* elaborado por Martín F. Kaplan (*cfr.* Kaplan, 1983). Según él, el proceso de toma de decisión de un juez o un jurado es el resultado de la combinación de los valores de información y de impresión inicial. El proceso de decisión comienza con la acumulación de unidades de prueba o información; a ello le sigue el proceso de evaluación en el que a cada ítem informativo se le asigna un valor en una escala específica para el juicio que se está desarrollando; el tercer paso consiste en atribuir un peso a cada información; luego se integra la información evaluada y sopesada en un juicio singular como, por

tivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista" (Nino, 1985, p. 126).

ejemplo, *probabilidad de culpabilidad*; y, finalmente, se toma en cuenta la impresión inicial, esto es, los prejuicios del juez o del jurado que pueden provenir tanto de condiciones situacionales (por ejemplo, su estado de humor en el momento del juicio), como de condiciones asociadas con su personalidad (por ejemplo, prejuicios raciales o religiosos). El modelo no sólo pretende explicar cómo se decide —y se argumenta— de hecho, sino que sugiere también qué se podría hacer para reducir el peso de los prejuicios (dar un mayor peso a los otros elementos), o bien bajo qué condiciones los juicios con jurado (lo que implica también las argumentaciones de los jurados que conducen a una determinada conclusión) podrían ser tan fiables como los juicios con jueces profesionales.

Por otro lado, está la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado. Aquí, a su vez, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuándo un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuándo puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). Ello permitiría distinguir entre la lógica formal o deductiva, por un lado, y lo que a veces se llama *lógica material* o *informal* (en donde se incluirían cosas tales como la tópica o la retórica), por el otro.

La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. Se trata, por tanto, de teorías (como las de Alexy o MacCormick, de las que se tratará en capítulos sucesivos) que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo, según ellos, ambos planos coinciden en general) cómo se deberían justificar. Parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas y, en ese sentido, se oponen tanto al determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales), como al decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad) (*cfr*. Neumann, 1986, pp. 2 y 3).

La primera de estas dos posturas parece insostenible, especialmente en el contexto del derecho moderno, en el que la obligación que se establece de *motivar* —justificar— las decisiones, no sólo contribuye a hacerlas aceptables (y esto resulta especialmente relevante en sociedades pluralis-

tas que no consideran como fuente de legitimidad o de consenso cosas tales como la tradición o la autoridad), sino también a que el derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana (Golding, 1984, p. 9). Por otro lado, justificar una decisión en un caso difícil significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas. Y otro tanto ocurre con la segunda postura, esto es, con la opinión de que los jueces —o los jurados— no justifican (ni podrían justificar propiamente) sus decisiones, sino que las toman de forma irracional —o arracional—, y posteriormente las someten a un proceso de racionalización. Así, algunos representantes del realismo americano (especialmente Frank, 1970)[3] han mantenido, en efecto, que las sentencias judiciales "son desarrolladas retrospectivamente desde conclusiones tentativamente formuladas" (p. 109); que no se puede aceptar la tesis que representa al juez "aplicando leyes y principios a los hechos, esto es, tomando alguna regla o principio... como su premisa mayor, empleando los hechos del caso como premisa menor y llegando entonces a su resolución mediante procesos de puro razonamiento" (p. 111); y que, en definitiva, las "decisiones están basadas en los impulsos del juez", el cual extrae esos impulsos no de las leyes y de los principios generales del derecho fundamentalmente, sino sobre todo de factores individuales que son todavía "más importantes que cualquier cosa que pudiera ser descrita como prejuicios políticos, económicos o morales" (p. 114).

Más adelante volveré a tratar acerca del silogismo judicial, pero la distinción que se acaba de introducir permite mostrar con claridad el error en que incurren estos últimos autores y que no es otro que el de confundir el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Es imposible que, de hecho, las decisiones se tomen, al menos en parte, como ellos sugieren, es decir, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas e incluso que la decisión sea, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible. En otro caso, habría que negar también que se pueda dar el paso de las intuiciones a las teorías científicas o que, por ejemplo, científicos que ocultan ciertos datos que no encajaban bien con sus teorías estén, por ello mismo, privándolas de justificación.

3 La crítica de Frank se encuentra en uno de los apartados, *The Judging Process and the Judge's Personality,* de la que probablemente sea su obra más conocida *Law and the Modern Mind*, cuya primera edición es de 1930.

IV. EL CONCEPTO DE VALIDEZ DEDUCTIVA

Antes he dicho que la lógica formal o deductiva se ocupa de los argumentos desde el punto de vista de la corrección formal de estos. Pero ¿qué significa esto con más precisión? Para aclararlo partiré de algo que es obvio, a saber, que no sólo se argumenta en contextos jurídicos, sino también en el ámbito de los diversos conocimientos especializados y en el de la vida cotidiana. También en la literatura nos encontramos con cierta frecuencia con argumentaciones aunque, desde luego, la función principal de las obras literarias no es la de registrar argumentos, sino más bien la de expresar sentimientos, narrar historias, fabular, etc. Sin embargo, hay un género literario especialmente denso en argumentaciones; se trata del género policiaco —o policial—, cuyo inventor —en palabras de Adolfo Bioy Casares y Jorge Luis Borges (1972)— habría sido Edgard Allan Poe. Uno de sus cuentos más célebres lleva por título *La carta robada*, y en el mismo se narra una historia que aproximadamente es la siguiente:

Auguste Dupin (el precursor de Shelock Holmes, el padre Brown, Hércules Poirot, etc.) recibe un día la visita del prefecto de la policía de París, que le consulta sobre el siguiente problema. Un documento de la mayor importancia ha sido robado de las habitaciones reales. Se sabe que el autor del robo es el ministro D., quien usa la carta como instrumento de chantaje contra la dama que la redacta. El ministro debe tener la carta oculta en algún lugar de su casa, pero el prefecto, a pesar de haber efectuado un minucioso y sistemático registro, no logra dar con ella. Dupin consigue hacerlo merced a un proceso de razonamiento, que, *grosso modo*, es el siguiente: si la carta hubiese estado al alcance de la búsqueda, los agentes la habrían descubierto, y, como la carta tiene que encontrarse en el domicilio del ministro, ello quiere decir que la policía ha buscado mal. Dupin sabe que el ministro es una persona audaz e inteligente y que, además, posee no solamente una inteligencia matemática, sino también —si se puede llamar así— una inteligencia poética. El ministro pudo prever, por tanto, que su casa iba a ser registrada por la policía y que los hombres del prefecto buscarían en todos aquellos sitios en donde se supone que uno puede dejar un objeto que desea ocultar. De ahí infiere Dupin que el ministro tuvo que dejar la carta en un lugar muy visible pero, precisamente por ello, inesperado. Y, en efecto, Dupin encuentra la carta en una tarjeta de cartón que colgaba de una cinta azul sobre la chimenea, arrugada y manchada (como si se tratara de algo sin importancia) que exhi-

bía un tipo de letra en la dirección y un sello de características opuestas a las de la carta robada (pues la misma había sido dada la vuelta como un guante). Dupin explica así el fracaso del prefecto: "La causa remota de su fracaso es la suposición de que el ministro es un imbécil porque ha logrado fama de poeta. Todos los imbéciles son poetas; así lo siente el prefecto e incurre en una *non distributio medii* al inferir que todos los poetas son imbéciles" (p. 33).

Así, de acuerdo con el relato, el prefecto ha cometido un error de tipo lógico, una falacia, pues de la afirmación: *Todos los imbéciles son poetas,* no se infiere lógicamente: *Todos los poetas son imbéciles*. A partir de esta afirmación —podríamos nosotros añadir—, el prefecto ha efectuado un argumento lógicamente válido, pero con una premisa falsa:

a) Todos los poetas son imbéciles.
   El ministro es un poeta.
   Por tanto, el ministro es un imbécil.

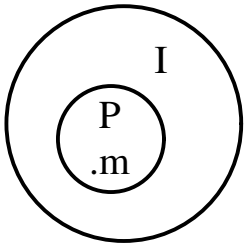
En la lógica proposicional, la inferencia podría representarse aproximadamente (*cfr*. *infra*, cap. V, apartado 3.1.2), así:

$$\begin{array}{l} p \rightarrow q \\ p \\ \hline q \end{array}$$

Y, con más precisión, en la lógica de predicados de primer orden:

$$\begin{array}{ll} \wedge x & Px \rightarrow Qx \\ & Pa \\ \hline & Qa \end{array}$$

El argumento en cuestión es lógicamente válido porque la conclusión se infiere *necesariamente* de las premisas. Esto es fácil de ver gráficamente. Si simbolizamos con *P* la clase de los poetas, con *I* la de los imbéciles y con *m* al ministro (*m,* señalado en el gráfico con un punto, designa a un individuo, mientras que *P* e *I* designan clases o conjuntos de individuos), la información que se contiene en las dos premisas del argumento la podemos representar así:



Si ahora quisiéramos representar también la información de la conclusión, nos daríamos cuenta de que no necesitamos añadir nada: la información de la conclusión estaba ya incluida en la de las premisas, lo que explica que hayamos podido decir que el paso de unas a otra fuera necesario; o sea, no es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión no lo sea.

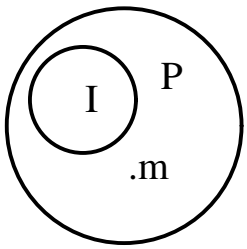
Mientras que a) es un ejemplo de argumento válido lógicamente, pero con una premisa falsa, el siguiente argumento, b), representa casi el caso opuesto, es decir, aquel en que las premisas son verdaderas (verdaderas, naturalmente, en relación con el cuento de Poe), pero el argumento es lógicamente inválido. En concreto, se trata de la falacia denominada de *afirmación del consecuente*:

b) Todos los imbéciles son poetas.
El ministro es un poeta.
Por tanto, el ministro es un imbécil.

Y en notación lógica:

$$\frac{\begin{array}{ll}\bigwedge x & Px \rightarrow Qx \\ & Qa\end{array}}{Pa}$$

Para comprobar que, efectivamente, es un argumento lógicamente incorrecto o inválido, podemos someterlo a la misma prueba de antes. Ahora bien, una representación que está de acuerdo con la información contenida en las premisas podría ser esta:



Y, sin embargo, esta resulta incompatible con la información que transmite la conclusión. Por lo tanto, en este caso sí es posible que las premisas sean verdaderas, pero la conclusión falsa.

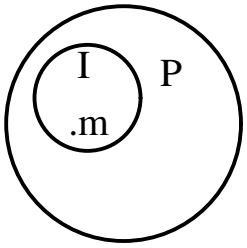
Antes se ha dicho que a) y b) eran casos casi opuestos. Si no son del todo opuestos es porque, en ambos, la conclusión, que es la misma, es falsa. En el siguiente ejemplo, c), tanto las premisas como la conclusión son verdaderas; sin embargo, no se trata de un argumento lógicamente válido.

$$\bigwedge x\ Px \rightarrow Qx$$

c) Todos los imbéciles son poetas.
El ministro es un poeta.
Por tanto, el ministro no es un imbécil.

$$\frac{Qa}{\text{—}Pa}$$

Para probar su invalidez lógica, bastará con efectuar de nuevo una representación posible de la información contenida en las premisas



que, sin embargo, contradice la información de la conclusión.

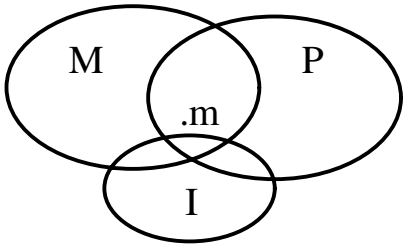
Finalmente, un ejemplo de argumento válido lógicamente y cuyas premisas son verdaderas (y, por tanto, también su conclusión) sería este:

$$\bigwedge x\ Px \wedge Qx \rightarrow Rx$$

d) Los ministros que son poetas no son imbéciles.
El ministro es un poeta.
Por lo tanto, el ministro no es un imbécil.

$$\frac{Pa \wedge Qa}{\text{—}Ra}$$

En este caso, cualquier posible representación de las premisas contendría también la conclusión. Así, una manera de representar la información contenida en las premisas sería esta:



en la que, obviamente, se contiene también la información de la conclusión.

Ahora estamos, sin duda, en condiciones de entender mejor la noción de argumento lógico que puede definirse de la siguiente manera: "Tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera si las premisas son verdaderas" (Quesada, 1985, p. 9). La lógica, la lógica deductiva, puede presentarse en forma axiomática o como un sistema de reglas de inferencia, pero esta segunda forma de presentación es la que mejor se ajusta a la manera natural de razonar. Ello es así porque mientras que en el modo axiomático de deducir se parte de enunciados formalmente verdaderos (tautologías) y se llega, al cabo de la deducción, a enunciados también formalmente verdaderos, en el modo natural de hacer inferencias deductivas se puede partir —y eso es lo más frecuente— de enunciados con valor de verdad indeterminado o incluso declaradamente falsos, y se llega a enunciados que pueden ser verdaderos o falsos (*cfr.* Deaño, p. 146). Lo único que determina una regla de inferencia es que si las premisas son verdaderas, entonces también tienen que serlo necesariamente la conclusión. Los razonamientos indicados con a) y d) y los esquemas lógicos correspondientes son válidos en virtud de la regla llamada *modus ponens,* que se puede escribir así:

$$\frac{\begin{array}{c} X \rightarrow Y \\ X \end{array}}{Y}$$

(El uso de las letras *X* y *Y* se debe a que las reglas se expresan en un metalenguaje en relación con el de las fórmulas de la lógica para el que empleamos las letras *p, q, P, Q,* etc.) Por el contrario, los razonamientos b) y c) y los esquemas correspondientes son inválidos lógicamente, porque no hay ninguna regla de inferencia lógica que autorice efectuar el paso que en ellos se da.

V. CORRECCIÓN FORMAL Y CORRECCIÓN MATERIAL DE LOS ARGUMENTOS

La caracterización de un argumento deductivo presenta, sin embargo, diversos motivos de insatisfacción si se traslada al campo de los argumentos que se realizan normalmente en el campo del derecho o en el de la vida ordinaria. Un primer motivo de insatisfacción —por lo demás obvio— deriva precisamente de que la lógica deductiva sólo nos suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende respecto de las cuestiones materiales o de contenido que, naturalmente, son relevantes cuando se argumenta en contextos que no sean los de las ciencias formales (lógica y matemática). Así, por un lado —y como hemos visto—, a partir de premisas falsas se puede argumentar *correctamente* desde el punto de vista lógico; y, por otro lado, es posible que un argumentos sea *incorrecto* desde el punto de vista lógico, aunque la conclusión y las premisas sean verdaderas o, por lo menos, altamente plausibles.[4] En unos casos, la lógica aparece como un instrumento necesario pero insuficiente para el control de los argumentos (un buen argumento debe serlo tanto desde el punto de vista formal como material). En otros casos, es posible que la lógica —la lógica deductiva— no permita ni siquiera establecer requisitos necesarios en relación con lo que debe ser un buen argumento; como luego veremos, un argumento no lógico —en el sentido de no deductivo— puede ser, sin embargo, un buen argumento.

Dicho de otra manera, plantearse la cuestión de la corrección de los argumentos significa plantearse el problema de cómo distinguir los argumentos correctos de los incorrectos, los válidos de los inválidos. Aquí es posible todavía distinguir entre argumentos manifiestamente inválidos y argumentos que parecen válidos pero que no lo son, y a los que se denomina *falacias*. El problema, claro está, se plantea a propósito de la distinción entre los argumentos válidos y las falacias (los argumentos manifiestamente inválidos no son problemáticos, puesto que no pueden llevar a confusión), lo que la lógica deductiva sólo consigue hacer a medias. La razón de ello es que no sólo existen falacias formales, esto es, argumentos que parecen correctos for-

4 En general, un argumento puede ser correcto desde el punto de vista lógico aunque lo que se diga en las premisas no resulte relevante o pertinente en relación con lo establecido en la conclusión. Esto se debe al carácter puramente sintáctico que tiene la noción de inferencia de la lógica deductiva. Para evitar esto, se han desarrollado las llamadas lógicas *relevantes* en las que se fortalece esta noción de inferencia, lo cual hace que la relación de consecuencia lógica sea también una relación entre los significados de los enunciados (*cfr.* Sánchez Pozos, 1990).

malmente —deductivamente— pero que no lo son,[5] sino también falacias no formales. Estas últimas, a su vez, pueden subclasificarse en otras dos categorías, lo cual da lugar a las falacias de atinencia y de ambigüedad. En las primeras, "las premisas carecen de atinencia lógica con respecto a sus conclusiones y, por ende, son incapaces de establecer su verdad" (Copi, 1986, p. 83). Así ocurre, por ejemplo, con el argumento ad ignorantiam, con el argumento ad hominem o con la petitio principii. Las segundas, por el contrario, "aparecen en razonamientos cuya formulación contiene palabras o frases ambiguas, cuyos significados oscilan y cambian de manera más o menos sutil en el curso del razonamiento" (Copi, 1986, p. 104). Naturalmente, la lógica formal deductiva sólo nos provee instrumentos plenamente adecuados para hacer frente a las falacias formales.

VI. Silogismo teórico y silogismo práctico

Otro de los posibles motivos de insatisfacción proviene de que la definición de argumento válido deductivamente (la definición de argumento que puede encontrarse en los libros de lógica) se refiere a proposiciones —premisas y conclusiones— que pueden ser verdaderas o falsas. Ahora bien, en el derecho, en la moral, etc., los argumentos que se efectúan parten muchas veces de normas y llegan a ellas; esto es, tratan con un tipo de enunciados respecto de los cuales no parece que tenga sentido predicar verdad o falsedad. En consecuencia, surge el problema de si la lógica se aplica o no a las normas. Por ejemplo, Kelsen, sobre todo en su obra póstuma, *La teoría general de las normas* (1979), sostuvo enfáticamente que la inferencia silogística no funciona en relación con las normas. Las reglas de la lógica se aplican al silogismo teórico, que se basa en un acto de pensamiento, pero no al silogismo práctico o normativo (el silogismo en el que al menos una de las premisas y la conclusión son normas), que se basa en un acto de voluntad en una norma. En la tradición iusfilosófica, el problema suele remontarse a Jorgensen (1937), quien planteó un problema al que llamó *rompecabezas*; y Ross (1941 y 1971), *dilema de Jorgensen*. De acuerdo con Ross, una inferencia práctica como:

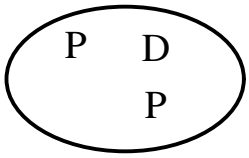
> Debes mantener tus promesas.
> Esta es una de tus promesas.
> Por tanto, debes mantener esta promesa,

5 Por ejemplo, el argumento señalado antes como b) que, como se dijo, es un caso de falacia de la afirmación del consecuente. Sobre el concepto de la falacia, *cfr*. Pereda (1986).

carece de validez lógica. No es lógicamente necesario que un sujeto que establece una regla deba también establecer la aplicación particular de tal regla. Que esto último se verifique o no depende de hechos psicológicos. No es raro —añade Ross— que un sujeto formule una regla general pero evite su aplicación cuando él mismo se ve afectado.

Sin embargo, si bien se mira, esta idea resulta decididamente extraña. Si *A* acepta como moralmente obligatoria la regla: *Se deben mantener las promesas* (todas las promesas y en cualquier circunstancia)[6] y acepta como verdadero el hecho de que ha prometido a *B* acompañarle al cine la tarde del miércoles, y, sin embargo, sostiene también que a pesar de ello no considera que deba acompañar a *B* al cine ese día, su comportamiento resulta ser tan irracional como el de quien considera como enunciados verdaderos: *Los ministros que son poetas no son imbéciles* y *'X' es un ministro que es poeta,* y, sin embargo, no está dispuesto a aceptar que: *'X' no es imbécil*. Naturalmente, es posible que estas dos situaciones —también la segunda— se den de hecho, pero ello no parece tener que ver con la lógica, que —como la gramática— es una disciplina prescriptiva: no dice cómo los hombres piensan o razonan de hecho, sino cómo deberían hacerlo.

Para probar que el argumento anterior es un argumento correcto, podemos recurrir de nuevo a las figuras utilizadas antes. Siendo *P* la clase de las promesas, *D* la de las promesas que deben mantenerse (de acuerdo con la primera premisa, ambas clases tienen la misma extensión) y *p* la promesa concreta realizada por *A* a *B*, las premisas del razonamiento podrían representarse mediante la siguiente figura.



6 Otra cosa es que uno piense que la primera premisa enuncia en realidad una obligación *prima facie*. En ese caso, pudiera ser que, en efecto, se tuviera en principio la obligación de mantener las promesas, pero no la de mantener una determinada promesa (porque aquí opera otra obligación de signo contrario que cancela la anterior). Pero eso, naturalmente, no quiere decir que en tal situación dejen de operar las leyes de la lógica, sino que la primera premisa enuncia una norma no categórica o, quizás mejor, un principio. Sobre la naturaleza de la premisa mayor en los silogismos se tratará más adelante a propósito de la concepción de Toulmin (capítulo cuarto). Y sobre lo que haya que entender por principios (y el papel que estos juegan en el razonamiento jurídico) se hablará con cierta extensión en los capítulos dedicados a MacCormick y a Alexy (sexto y séptimo, respectivamente).

Y resulta patente que dicha información contiene también la de la conclusión: *p* se encuentra necesariamente dentro de *D*, esto es, dentro de la clase de las promesas que deben mantenerse.

Desde luego, con lo anterior no queda resuelto un problema que tiene un alcance teórico indudable.[7] Pero me parece que puede servir como prueba de que en la vida ordinaria atribuimos a las inferencias prácticas la misma validez que a las teóricas. Por lo demás, me parece que Gianformaggio (1987; *cfr.* también Ruiz Manero, 1990, p. 71) tiene razón al considerar que los autores que sostienen la tesis de que la lógica no se aplica a las normas están, en realidad, confundiendo los términos del problema, en cuanto no parecen haber reparado en el carácter diferente que tienen estas dos preguntas.[8] Por un lado está la cuestión de si la relación que guardan entre sí las normas válidas (en el sentido de que pertenecen a un sistema) son relaciones de tipo lógico. La respuesta a esta pregunta es obviamente negativa, puesto que es posible que a un mismo sistema pertenezcan normas contradictorias. Por ejemplo, a un mismo sistema moral podría pertenecer tanto la norma: *Se deben cumplir todas las promesas*, como la norma: *No tengo por qué cumplir la promesa que efectué a 'B'*. El sistema en cuestión resultaría escasamente atractivo precisamente debido a que es inconsistente desde el punto de vista lógico, pero eso no tiene que ver con lo anterior. Y por otro lado está la cuestión de si se puede inferir válidamente una norma de otra. La respuesta a esta última pregunta es perfectamente independiente de la anterior, y no se ve por qué no haya de ser afirmativa. En realidad, el problema con el que nos tropezamos aquí consiste en que en la definición de argumento deductiva antes aceptada, se contemplaban únicamente enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos, y esta característica —según opinión generalizada aunque no unánime— no la poseen las normas. Pero ello, lo que comporta es la necesidad de corregir aquella definición que podría ahora formularse así: Tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien, correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etc.). Ello plantea algunos problemas lógicos de tipo técnico, de los que, sin embargo, podemos prescindir aquí (*cfr. infra.*, capítulo quinto, apartado III, 1).

7 Más adelante, en el capítulo dedicado a la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick, volverá a aparecer este problema.

8 Gianformaggio plantea otra cuestión de la que aquí prescindo.

VII. Argumentos deductivos y no deductivos

Pero aun así, esta nueva definición no resuelve todos los problemas. En el apartado V hemos visto que uno de los límites de la lógica derivaba de su carácter formal. Ahora debemos fijarnos en otro límite que se vincula a su carácter deductivo, es decir, al carácter de *necesariedad* que, acuerdo con la definición, tiene el paso de las premisas a la conclusión.

Si volvemos de nuevo a *La carta robada* y al señor Dupin, podríamos sintetizar —y simplificar— como sigue la argumentación que le había permitido descubrir el misterio:

> El ministro es un hombre audaz e inteligente.
>
> El ministro sabía que su casa iba a ser registrada.
>
> El ministro sabía que la policía buscaría en todos los lugares en que pudiera ocultarse una carta.
>
> Por tanto, el ministro tienen que haber dejado la carta en un lugar tan *visible* que precisamente por esto ha pasado inadvertida a los hombres del prefecto.

Ahora bien, este último no es, obviamente, un argumento deductivo, ya que el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, sino simplemente probable o plausible. Hubiese podido ocurrir, por ejemplo, que el ministro hubiese dejado su carta a un amigo íntimo, o bien que la hubiese ocultado tan bien que la policía no había sido capaz de dar con ella, etcétera. A este tipo de argumentos en los que el paso de las premisas a la conclusión no se produce necesariamente se les llama a veces *argumentos inductivos* o *no deductivos*. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que por *inducción* no se entiende aquí el paso de lo particular a lo general; en el caso anterior, por ejemplo, lo que tiene lugar es un tránsito de lo particular a lo particular. Por lo demás, los argumentos de este tipo son —o pueden ser— buenos argumentos, pues hay muchas ocasiones en que nos encontramos con la necesidad de argumentar y en las que, sin embargo, no es posible utilizar argumentos deductivos.[9] Esto ocurre, por su-

9 Este tipo de argumentos podría denominarse también, siguiendo a Peirce, *abducción*. Para Peirce (*cfr*. Sebeok y Umiker-Sebeok, 1987), la abducción —que a veces llama también *hipótesis* o *retroducción*— es un tipo de argumentación diferente tanto de la deducción como de la inducción, pues se trata de un "argumento original", en el sentido de que con él surge una idea nueva: "En realidad, 'su única justificación es que si alguna vez queremos entender totalmente las cosas, debe ser a partir de él'". De igual manera, "la deducción y la inducción nunca pueden aportar la más mínima

puesto, no sólo en las novelas policiacas, sino también en la vida ordinaria y en el derecho.

Veamos el siguiente ejemplo extraído de una sentencia reciente de la Audiencia Provincial de Alicante (n. 477/89). *A* y *B* son acusados del delito de tráfico de drogas tipificado en el artículo 344 del Código penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante del artículo 344 bis a) 3o., pues la cantidad de heroína que se les aprehendió (más de 122 gramos de heroína pura) debe considerarse —de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo— de *notoria importancia*. La droga había sido encontrada por la policía en una bolsa oculta en la almohada de una cama de matrimonio situada en la habitación de un piso en el que —cuando la policía entró para efectuar el registro— se encontraban *A* y *B* (un hombre y una mujer respectivamente). En la vista oral, el abogado defensor y los acusados, *A* y *B*, sostienen que aunque los dos últimos vivieran juntos en el mismo piso, no tenían entre sí más que una relación de amistad, utilizaban habitaciones distintas y, concretamente, *B* no tenía conocimiento alguno de la existencia de la droga. Como consecuencia de ello, el abogado defensor, en sus conclusiones definitivas, solicitó la libre absolución para *B*. La sentencia, sin embargo, en uno de sus *antecedentes de hecho*, consideró como *hecho probado* que *A* y *B* compartían la habitación referida y que, en consecuencia, *B* tenía conocimiento y había participado en la actividad de tráfico de drogas que se les imputaba a ambos. La justificación que aparece es esta: "Los acusados (*A* y *B*) compartían la habitación referida, como lo prueba, a pesar de las declaraciones en contra de los acusados en el juicio oral, que manifestaron no ser más que simples amigos, el testimonio de los dos policías que efectuaron el registro y que manifestaron que esa era la única cama que estaba deshecha (el registro se efectuó

información a los datos de la percepción; y [...] las meras percepciones no constituyen ningún conocimiento aplicable a ningún uso práctico o teórico. Lo que hace que el conocimiento se presente por la *vía de la abducción* (p. 351)". Veamos —siguiendo siempre la exposición de Sebeok y Umiker-Sebeok— un ejemplo que pone el propio Peirce de abducción: "En cierta ocasión desembarqué en un puerto de una provincia de Turquía y subí, paseando, a una casa que iba a visitar. Encontré a un hombre encima de un caballo, rodeado de cuatro jinetes que sostenían un dosel sobre su cabeza. El gobernador de la provincia era el único personaje que puede tener tan gran honor, por tanto inferí que aquel hombre era él. Esto era una hipótesis" (p. 73). Como el lector probablemente haya adivinado —esto es, abducido— ya, de esta forma de razonar se pueden encontrar abundantes ejemplos en las novelas policiacas. Las famosas *deducciones* de Sherlock Holmes no serían, pues, otra cosa que *abduciones* en el sentido en que Peirce emplea esta expresión. Para una panorámica general de la obra de Peirce puede verse Proni (1990).

hacia las 6 de la mañana) y en cuya habitación estaban todos los efectos personales de los acusados, y el hecho de que en escrito al juez de instrucción (dirigido mientras *A* estaba cumpliendo prisión provisional) [...] el acusado (*A*) se refiere a (*B*) como a 'mi mujer'". Esquemáticamente, el argumento sería el siguiente:

> Sólo había una cama deshecha en la casa.
> Eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro.
> Toda la ropa y efectos personales de *A* y *B* estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama.
> Meses después *A* se refiere a *B* como *mi mujer.*
> Por tanto, en la época en que se efectuó el registro, *A* y *B* mantenían relaciones íntimas (y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga).

Al igual que en el ejemplo anterior, el argumento no tiene carácter deductivo, pues el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, aunque sí altamente probable. Si se acepta la verdad de las premisas, entonces hay una razón sólida para aceptar también la conclusión aunque, desde luego, no puede haber una certeza absoluta: teóricamente, es posible que *B* acabase de llegar a casa a las 6 de la mañana, que sus efectos personales estuviesen en la habitación de *A* porque pensaba limpiar a fondo sus armarios, y que tras la detención de ambos su amistad se hubiese convertido en una relación más íntima.

Ciertamente, el argumento guarda una gran semejanza con el anterior —el de Dupin—, pero quizás no sean del todo iguales, si se atiende al extremo siguiente. Es cierto que tanto Dupin como el autor —o autores— de la sentencia se guían en su argumentación por lo que podríamos llamar *reglas de experiencia,* que vienen a jugar aquí un papel parecido al de las reglas de inferencia en los argumentos deductivos. Sin embargo, los magistrados no pueden servirse para estos casos únicamente de las reglas de experiencia, pues también están involucrados (a diferencia del detective Dupin) por las "reglas procesales de valoración de la prueba". Por ejemplo, un juez puede estar personalmente convencido de que también B conocía la existencia de la droga (al igual que Dupin lo estaba de dónde tenía que encontrarse la carta) y, sin embargo, no considerar esto como un *hecho probado*, pues el principio de presunción de inocencia (tal y como él lo interpreta) requiere que la certeza sobre los hechos sea no sólo altamente probable, sino —podríamos decir— absoluta. Y aunque existan

razones para no interpretar así el principio de presunción de inocencia (pues en otro caso serían realmente muy pocos los actos delictivos que pudiesen considerarse probados), lo que aquí interesa es mostrar una peculiaridad del razonamiento jurídico: su carácter fuertemente institucionalizado.

VIII. EL SILOGISMO JUDICIAL Y SUS LÍMITES

Si ahora quisiéramos escribir esquemáticamente el tipo de razonamiento químico que se utiliza en la sentencia anterior, podríamos proponer la siguiente formulación:

> Quienes realizaren actos de tráfico de drogas en una cantidad que sea de notoria importancia, deberán ser castigados de acuerdo con el artículo 344 y 344 bis a) 3o. del Código penal con la pena de prisión mayor.
> A y *B* han efectuado este tipo de acción.
> Por lo tanto, *A* y *B* deben ser castigados con la pena de prisión mayor.

Y, en notación lógica:

$$\frac{\begin{array}{c}\bigwedge x\ Px \wedge Qx \rightarrow ORx \\ Pa \wedge Qa \wedge P\,b \wedge Qb\end{array}}{ORa \quad ORb}$$

Este tipo de esquema lógico que, más simplificadamente, podríamos escribir así:

$$\frac{\begin{array}{c}\bigwedge x\ Px \rightarrow OQx \\ Pa\end{array}}{OQa}$$

se denomina usualmente *silogismo judicial* o *silogismo jurídico* y sirve al mismo tiempo como esquema para el silogismo práctico o normativo del que tratamos en el apartado VI. La primera premisa enuncia una norma general y abstracta en la que un supuesto de hecho (*x* es una variable de individuo y *P* una letra predicativa) aparece como condición para una consecuencia jurídica; el símbolo *O* indica que la consecuencia (*R*) *debe,* en general (puede tratarse de una obligación, de una prohibición o de un

permiso), seguirse cuando se realiza el supuesto de hecho, aunque sea imposible que en la realidad no ocurra así. La segunda premisa representa la situación en que se ha producido un hecho (*a* es un individuo concreto del que se predica la propiedad *P*) que cae bajo el supuesto de hecho de la norma. Y la conclusión establece que a *a* se le debe anudar la consecuencia jurídica prevista por la norma.

El esquema en cuestión plantea, sin embargo, algunos inconvenientes. El primero de ellos es que hay supuestos (como el del ejemplo mencionado) en que la conclusión del silogismo no representa todavía la conclusión o el fallo de la sentencia, sino, por así decirlo, un paso previo a la misma. En la sentencia que hemos tomado como ejemplo, la parte dispositiva no establece simplemente que *A* y *B* deben ser condenados a prisión mayor, sino a la pena, en concreto, de ocho años y un día de prisión mayor.[10] El argumento anterior podría, por tanto, completarse con este otro:

> A y *B* deben ser condenados a la pena de prisión mayor.
>
> En la ejecución del expresado delito no concurrieron circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.
>
> Cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, los tribunales impondrán la pena en grado mínimo o medio atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente (artículo 61.4o. del Código penal).
>
> Por tanto, *A* y *B* deben ser condenados a la pena de ocho años y un día de prisión mayor (este es el mínimo de pena permitido por la ley).

Este tipo de razonamiento es todavía un razonamiento no deductivo, pues el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario (el tribunal podía haber llegado a imponer una pena de hasta doce años sin infringir la ley, esto es, sin contradecir las premisas). Podría considerarse, sin embargo, como deductivo (todo argumento inductivo puede convertirse en deductivo si se añaden las premisas adecuadas) si se entiende incorporada —implícitamente— en la anterior argumentación una premisa del tenor siguiente:

> La escasa gravedad del hecho y la personalidad no especialmente peligrosa del delincuente hacen que se deba imponer el mínimo de la pena permitido por la ley.

10 También a una pena de multa de la que aquí se prescinde.

Esta última premisa no enuncia ya una norma del derecho vigente ni supone la constatación de que se ha producido un hecho, sino que el fundamento de la misma está constituido, más bien por juicios de valor, pues *gravedad del hecho* y *personalidad del delincuente* no son términos que se refieran a hechos objetivos o verificables de alguna manera; en el establecimiento de esta premisa podríamos decir que el arbitrio judicial juega un papel fundamental. Pero ello quiere decir que el silogismo judicial no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, porque las premisas de que se parte —como ocurre en este caso— pueden necesitar, a su vez, justificación, y porque la argumentación jurídica es normalmente entimemática. Un argumento entimemático puede expresarse siempre en forma deductiva, pero ello supone añadir premisas a las explícitamente formuladas, lo que significa reconstruir, no reproducir, un proceso argumentativo.[11]

Otro posible inconveniente consiste en que el silogismo judicial concluye con un anunciado normativo que establece que *'A' y 'B' deben ser condenados*, mientras que en el fallo de la sentencia no sólo se dice esto, sino que también se *condena a A* y *B*. Esta distinción entre el enunciado normativo y el enunciado performativo (el acto lingüístico de la condena) en que consiste propiamente la decisión, implica que en la misma se está efectuando un paso del plano del discurso al de la acción, esto es, un paso que cae ya fuera de la competencia de la lógica. Es interesante poner de manifiesto que en la redacción de la parte dispositiva de las sentencias —al menos en nuestro país— se emplea una cláusula de estilo que recoge precisamente esta distinción: "Fallamos que *debemos condenar* y *condenamos*...", o "... *debemos absolver* y *absolvemos*...". Aquí es interesante

11 La circunstancia de que el razonamiento jurídico —y el razonamiento que se efectúa en la vida ordinaria— no obedezca del todo a la noción de inferencia lógica —de inferencia deductiva— ha llevado a crear lógicas en las que la relación de inferencia resulta debilitada. A estos sistemas de lógica se les denomina lógicas *no monotónicas,* pues la monotonicidad es una propiedad de la inferencia deductiva que no parece darse en las inferencias que se efectúan en el razonamiento ordinario. Con ello quiere decirse lo siguiente: la lógica deductiva es monotónica, porque si de las premisas $p—q$ y p se infiere q, entonces esta misma conclusión se sigue infiriendo por mucho que añadamos nuevas premisas (por ejemplo, aunque tuviéramos también r, $-p$, etc.). Sin embargo, en el razonamiento ordinario (que, como se ha dicho, es normalmente entimemático, es decir, en él no aparecen explicitadas todas las premisas utilizadas), la conclusión puede cambiar cuando se añaden informaciones adicionales; no se da, por lo tanto, la propiedad de monotonicidad. Por ejemplo, en el caso anterior, se llegaría a otra conclusión si en lugar de presuponer la última premisa indicada, presupusiéramos otra que estableciera que *la gravedad del hecho y la personalidad peligrosa del delincuente aconsejan fijar una pena superior al mínimo establecido por la ley* (*cfr*. Bibel, 1985).

tener en cuenta que una expresión como: *Fallamos que debemos condenar pero no condenamos,* la consideraríamos sin duda incorrecta, pero no porque se trata de una contradicción de tipo lógico, sino más bien de una contradicción pragmática o performativa (*cfr*. capítulo sexto, apartado III.2.A).

IX. Aspectos normativos y fácticos de la argumentación jurídica

En un apartado anterior hemos visto que el establecimiento de la premisa menor del silogismo judicial, la premisa fáctica, podría ser el resultado de un razonamiento de tipo no deductivo. Otro tanto puede ocurrir en relación con el establecimiento de la premisa mayor, de la premisa normativa. Un buen ejemplo de esto es la utilización del razonamiento por analogía que, para muchos autores, viene a ser prototipo de argumento jurídico. Veamos, con supuesto práctico, como opera la analogía en el derecho (*cfr*. Atienza, 1986 y 1988).

En una sentencia de 17 de octubre de 1985 (137/1985), el Tribunal constitucional entendió que el principio constitucional de inviolabilidad del domicilio se extiende también a la sede social de las empresas. El domicilio de una persona mercantil es inviolable al igual que si se tratara de la vivienda de una persona física. En consecuencia, la autorización para que un inspector o recaudador se persone en el domicilio social de una empresa debe establecerla un juzgado de instrucción, al igual que en el caso de una vivienda particular. El argumento en cuestión podríamos esquematizarlo así:

> La vivienda de una persona individual es inviolable.
> El domicilio social de una empresa es semejante al de una persona individual.
> Por tanto, el domicilio social de una empresa es inviolable.

En símbolos:

$$\frac{\begin{array}{l}\bigwedge x\ Px \rightarrow OQx \\ \bigwedge x\ Rx \rightarrow P'x\end{array}}{\bigwedge x\ Rx \rightarrow OQx}$$

La conclusión, obviamente, no se sigue deductivamente de las premisas (*P'*= semejante a *P*), pero el argumento —como siempre ocurre— puede hacerse deductivo si se añade una nueva premisa que establezca que tanto la vivienda de una persona individual como lo que es semejante a ello es inviolable (en símbolos: $x\ Px$ v $P'x$—OQx); esto es, si se da un paso en el sentido de generalizar o de extender a casos no expresamente previstos la norma establecida legalmente.

Otro de los argumentos que se utiliza con cierta frecuencia para establecer la premisa normativa cuando no puede partirse simplemente de las normas fijadas legalmente es la reducción al absurdo. Este argumento tiene, en principio, una forma deductiva pero, tal y como lo utilizan los juristas, la reducción al absurdo suele ir más allá de una simple deducción, por dos razones: en primer lugar, porque con frecuencia hay que entender que determinadas premisas están simplemente implícitas (y sin ellas no tendríamos la forma deductiva del argumento); y, en segundo lugar, porque la noción de *absurdo* que manejan los juristas no coincide exactamente con la de *contradicción lógica*, sino más bien con la de *consecuencia inaceptable*.[12] En definitiva, desde el punto de vista de su carácter deductivo o no deductivo, este tipo de argumento no difiere en mucho del anterior. El argumento por analogía también puede considerarse —como acabamos de ver— que tiene una forma deductiva una vez que se ha reformulado la norma establecida legalmente para incluir el nuevo caso. Veamos ahora un ejemplo de argumento por reducción del absurdo.

La sentencia del Tribunal constitucional 160/1987, del 27 de octubre, recoge la decisión del tribunal declarando la constitucionalidad de la ley de objeción de conciencia. A esa decisión, sin embargo, llegó el tribunal sólo por mayoría; varios magistrados discreparon en relación con distintos aspectos del fallo. Uno de los elementos importantes de la fundamentación se refería a cómo concebían los magistrados el derecho de objeción de conciencia (como un derecho fundamental o como un derecho autónomo no fundamental). En el curso de la argumentación (para sostener que se trataba de un derecho fundamental), uno de los magistrados discrepantes sostuvo que el derecho de objeción de conciencia no podía considerarse simplemente como una exención del servicio militar (por tanto, simplemente como un derecho autónomo, pero no fundamental), y lo

12 Más adelante, al tratar de la teoría de Perelman, veremos que este considera la reducción al absurdo un argumento *cuasilógico* (*cfr. infra.*, capítulo 3, apartado II, B). En Ezquiaga (1987) pueden encontrarse abundantes ejemplos de este y otro tipo de argumentos.

justificó así: "Si bien el derecho de objeción de conciencia puede ser y de hecho es una causa de exención del servicio militar, no es sólo eso, porque si así fuera sería una desmesura calificarlo de fundamental". Añadiendo algunas premisas que cabe entender implícitas, el argumento podría escribirse así:

1. Supongamos que el derecho de objeción de conciencia es sólo una causa de exención del servicio militar.
2. Pero si es sólo eso, entonces sería una desmesura calificarlo de fundamental (o sea, no puede calificarse como fundamental).
3. Ahora bien, el derecho de objeción de conciencia es un derecho fundamental, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.
4. De la premisa 1 y 2 se desprende que el derecho de objeción de conciencia no puede calificarse como fundamental.
5. Las premisas 3 y 4 enuncian una contradicción.
6. Por tanto, no cabe suponer que el derecho de objeción de conciencia sea sólo una causa de exención del servicio militar.

En símbolos lógicos:

1. ┌Pa
2. │Pa → -Qa
3. │Qa
4. │-Qa
5. └Qa ∧ -Qa

6. -Pa

X. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Volvamos de nuevo a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, y centrémonos ahora en la noción de justificación. Tanto en el apartado VII como en el VIII y en el IX se han dieron ejemplos de razonamientos jurídicas que exhibían esquemas de justificación. En VIII —y anteriormente en VI— vimos cómo se podía justificar deductivamente el paso una premisa normativa y una premisa fáctica a una conclusión normativa. En los casos jurídicos simples o rutinarios puede considerarse que la labor argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia de este tipo (que de todas formas, y sin necesidad de salirse de los casos simples, suele ofrecer más complicaciones de las que el esquema sugiere; basta con pensar que, en realidad, en cualquier caso

jurídico que se trata de resolver se aplica un número muy elevado de normas y que, por ejemplo en derecho penal, hay que dar el paso de la solución parcialmente indeterminada contenida en el Código —prisión mayor— a la solución plenamente determinada —ocho años y un día— contenida en la sentencia). Pero, naturalmente, además de casos simples hay también casos difíciles (de los que se ocupa especialmente la teoría de la argumentación jurídica), esto es, supuestos en que la tarea de establecer la premisa fáctica y/o la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas. Wróblewski (cuya terminología resulta hoy ampliamente aceptada) ha llamado al primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, *justificación interna*. Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, *justificación externa* (Wróblewski, 1971 y 1974). La justificación interna es tan sólo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto. Las teorías de la argumentación jurídica que vamos a estudiar en los sucesivos capítulos de este libro se ocupan fundamentalmente de este segundo tipo de justificación.

XI. Lógica jurídica y argumentación jurídica

Antes de pasar a considerar esas teorías, conviene aclarar un último punto: cómo se relaciona la argumentación jurídica (o la teoría de la argumentación jurídica) con la lógica jurídica.

Por un lado, puede decirse que la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica, pues como se ha visto con anterioridad, los argumentos jurídicos se pueden estudiar también desde una perspectiva psicológica o sociológica, o bien desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina *lógica material* o *lógica informal*, y otras veces *tópica*, *retórica*, *dialéctica*, etcétera.

Por otro lado, la lógica jurídica va más allá de la argumentación jurídica, en el sentido de que tiene un objeto de estudio más amplio. Para aclarar esto se puede seguir utilizando una conocida distinción efectuada por Bobbio (1965) dentro de la lógica jurídica. En su opinión, la lógica jurídica estaría constituida por la *lógica del derecho*, que se centra en el análisis de la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico, y por la *lógica de los juristas*, que se ocupa del estudio de los diversos ra-

zonamientos o argumentaciones de los juristas teóricos o prácticos. Naturalmente, estos dos campos de estudio no pueden separarse de manera tajante: por ejemplo, la construcción del silogismo jurídico no puede hacerse de espaldas al análisis lógico de las normas jurídicas, puesto que —como hemos visto— una de las premisas y la conclusión del mismo son normas; y cuando discutimos la cuestión de si la lógica se aplica o no a las normas, surgió el problema de las contradicciones entre normas, lo que es un problema típico de la lógica del derecho o —como hoy se suele ser más bien denominar— de la lógica deóntica o de las normas.

El análisis lógico de los razonamientos jurídicos —la lógica de los juristas— es un campo de estudio tradicional de la teoría del derecho. Sin embargo, la autorización de la lógica formal moderna, esto es, de la lógica matemática o lógica simbólica para estos propósitos es algo que ha tenido lugar básicamente a partir de la segunda guerra mundial. La obra que suele considerarse como pionera es la *Juristische Logik* de Ulrich Klug, cuya primera edición data de 1951, si bien —como el autor explica en el prólogo— su concepción de la lógica jurídica estaba ya elaborada desde 1939.[13] Klug parte de una concepción de lógica general como "teoría de la consecuencia lógica" (p. 2), lo que le permite distinguir entre argumentos válidos y no válidos desde el punto de vista lógico-formal. La lógica jurídica sería una parte especial de esa lógica general, o sea, "la teoría de las reglas lógico-formales que llegan a emplearse en la aplicación del Derecho" (p. 8). Y aquí, a su vez, distingue entre *la forma básica del razonamiento jurídico* —lo que hemos llamado el silogismo judicial o jurídico—, que, en su opinión, sería una aplicación al campo del derecho del silogismo tradicional *modus barbara*; y los argumentos especiales de la lógica jurídica. En esta última categoría incluye el razonamiento por analogía (o *a simili*), el razonamiento *e contrario*, los argumentos *a fortiori (a maiore ad minus* y *a minori ad maius)*, el *argumentum ad absurdum* y los argumentos interpretativos. Estos últimos son los que sirven para establecer las premisas de los razonamientos deductivos —serían los medios para lo que hemos llamado *justificación externa*— y no forman parte propiamente de la lógica jurídica: son "principios para la interpretación, no problemas lógico-jurídicos" (p. 197).

13 En esa fecha, Klug había presentado su trabajo como habilitación en la Universidad de Berlín, pero esta institución no lo aceptó entonces por razones políticas (*cfr.* Klug, 1990, prólogo a la 4a. edición).

En un análisis de los razonamientos jurídicos, Klug no tiene en cuenta, sin embargo, la lógica deóntica o lógica de las normas. Esta última disciplina se desarrolla también a partir de 1951 (año en que aparece el ensayo de George H. Von Wright, *Deontic Logic*) y lleva a concebir la lógica jurídica —bien en cuanto lógica del derecho, o bien en cuanto lógica de los juristas— no como una aplicación de la lógica formal general al campo del derecho, sino como una lógica *especial*, elaborada a partir de las modalidades deónticas de obligación, prohibición y permisión. Estos operadores deónticos pueden, pues, utilizarse —como lo hemos hecho anteriormente- para dar cuenta de los razonamientos jurídicos o de algunos de ellos. Veamos, brevemente, cómo se plantea esta tarea un autor como Kalinowski, que ha sido también uno de los fundadores de la lógica deóntica.

Kalinowski (1973) considera como razonamientos jurídicos aquellos que vienen exigidos por la vida jurídica, y presenta de ellos una doble clasificación. Por un lado, distingue entre razonamientos de coacción intelectual (lógicos), de persuasión (retóricos) y propiamente jurídicos (los que se basan en presunciones, prescripciones, ficciones, etc., establecidas por la ley). Por otro lado, separa los razonamientos normativos (cuando al menos una de las premisas y la conclusión son normas) de los no normativos (que sólo serían jurídicos por accidente). Los razonamientos normativos, por su lado, pueden tener lugar en el plano de la elaboración, de la interpretación o de la aplicación del derecho. en concreto, en el plano de la interpretación del derecho se utilizan tanto argumentos *extralógicos*, que se basan en medios puramente jurídicos (por ejemplo, el argumento *a rubrica, pro subjecta materia*, etc.), como argumentos *paralógicos*, que se basan en técnicas retóricas (por ejemplo, el argumento *ab auctoritate, a generali sensu, ratione legis estricta*, etc.) y argumentos *lógicos,* que se basan en la lógica formal propiamente dicha (por ejemplo, argumentos *a fortiori, a maiori, a pari y a contrario*). Los argumentos estrictamente lógicos están regidos, sin embargo, tanto por reglas lógicas en sentido estricto (las de la lógica deóntica forman parte de la lógica formal deductiva) como por reglas extralógicas, esto es, por reglas jurídicas de interpretación del derecho. Además, Kalinowski considera que el primer tipo de reglas están subordinadas a las segundas, lo que podría entenderse en el sentido de que la justificación interna depende de la justificación externa o es un momento lógicamente posterior al de esta.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TÓPICA Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO 29

I. El contexto de aparición de la tópica jurídica 29

II. Theodor Viehweg: una concepción tópica del razonamiento jurídico 32

1. El desarrollo histórico de la tópica 32

2. Características de la tópica 33

3. Tópica y jurisprudencia 35

III. Consideraciones críticas 37

1. Imprecisiones conceptuales 37

2. La fortuna histórica de la tópica y de la lógica 39

3. Tópica y justicia 40

4. ¿Una teoría de la argumentación jurídica? 40

5. Sobre el desarrollo de la tópica jurídica 41

6. Sobre el carácter descriptivo y prescriptivo de la tópica . . 41

7. ¿Qué queda de la tópica jurídica? 42

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TÓPICA Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

I. EL CONTEXTO DE APARICIÓN DE LA TÓPICA JURÍDICA

Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las tres concepciones más relevantes (a las que se dedicarán, respectivamente, este capítulo y los dos siguientes) son la *tópica* de Viehweg, la *nueva retórica* de Perelman y la *lógica informal* de Toulmin.

En 1953 se publicó la primera edición de la obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, cuya idea fundamental consistía en reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tenía la resurrección del modo de pensar tópico o retórico. El libro de Viehweg conoció un gran éxito en la teoría del derecho de la Europa continental,[1] y se convirtió desde entonces en uno de los centros de atención de la polémica en torno al denominado *método jurídico*. En relación con las muchas discusiones que desde entonces se han sucedido —sobre todo, como es lógico, en Alemania— entre partidarios y detractores de la tópica, cabe decir que el debate se ha planteado en general en términos no muy claros, debido en gran medida al carácter esquemático e impreciso de la obra fundacional de Viechweg.[2] Por lo demás, para valorar en su contexto el libro de Viechweg, hay tres datos que merece la pena tener en cuenta.

Uno de ellos es el hecho de que la resurrección de la tópica es un fenómeno que ocurre en diversas disciplinas en la Europa de la posguerra, y

1 Del mismo existe una traducción castellana de Luis Díez Picazo, con prólogo de Eduardo García de Enterría, de 1964, que se corresponde con la 2a. edición alemana de 1963. La 5a. edición alemana es de 1974 e incluye un apéndice no incorporado, por tanto, a la edición castellana.

2 El mejor estudio sobre la obra de Viecweg y sobre la tópica jurídica en general es el de Juan Antonio García Amado (1988); una síntesis de esta obra puede verse en García Amado, 1987.

no sólo, ni en primer lugar, en el derecho. El libro pionero parece haber sido el de R. Curtius, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, de 1948. Desde entonces, los planteamientos tópicos conocen un cierto desarrollo en materias como la ciencia política, la sociología, la teoría literaria, la filosofía o la jurisprudencia.

El segundo de los datos consiste en que la obra de Viehweg aparece muy poco después de la irrupción de la lógica moderna en el mundo del derecho. Como antes se ha indicado, tanto la *Juristiesche Logik* de Klug (que representa el primero, o uno de los primeros intentos de *aplicar* la lógica formal general al campo del derecho) como el ensayo *Deontic logic* de H. G. Von Wright (que supone la aparición de la lógica de las normas, esto es, la construcción de una lógica especial para el mundo de las normas y, por tanto, también para el mundo del derecho) datan de 1951. La contraposición entre lógica y tópica es, como en seguida veremos, una de las ideas centrales de la obra de Viehweg y también uno de los aspectos más discutidos en relación con la tópica jurídica.

Y, en fin, el tercer dato por señalar es el hecho de que las ideas de Viehweg guardan un "obvio parecido" (*cfr*. Carrió, 1964, p. 137) con las que sostiene Edward H. Levi en una obra publicada también en 1951, *An Introduction to legal reasoning*, que desde entonces ha tenido una gran influencia en el ámbito de la common law, y a la que se refiere incidentalmente el propio Viehweg (1964, p. 70). También por esta misma época, otros autores, como Luis Recaséns Siches (1956), o Joseph Esser (1961) publicaron diversos trabajos en los que se sostenía una concepción de la argumentación y de la interpretación jurídica muy semejante a la de Viehweg. Veamos, muy brevemente, en qué consistía el planteamiento de Levi que, en mi opinión, es también el que tiene un mayor interés desde el punto de vista de la teoría de la argumentación jurídica.

En su opinión, tanto en el campo del derecho jurisprudencial como en el de la interpretación de las leyes y de la constitución (Levi se refiere a la constitución estadounidense), el proceso del razonamiento jurídico obedece a un esquema básico que es el del razonamiento mediante ejemplos. Se trata de un razonamiento de caso a caso, de lo particular a lo particular, que Levi describe así en sus primeras páginas:

> Es un proceso que consta de tres pasos, caracterizados por la doctrina del precedente, en el curso del cual una proposición descriptiva del primer caso es convertida en una regla de derecho y aplicada luego a otra situación si-

> milar. Los pasos son los siguientes: primero se descubren semejanzas entre los casos; luego la regla de derecho implícita en el primero se hace expresa; por último, se le aplica al segundo. Se trata de un método de razonamiento necesario para el derecho, pero que posee características que en otras circunstancias podrían ser consideradas como imperfecciones (pp. 9 y 10).

Dichas características consisten en que no se parte de reglas fijas, sino de reglas que "cambian de un caso a otro y son reformuladas en cada uno de ellos" (p. 10); "las categorías usadas en el proceso jurídico tienen que permanecer ambiguas para permitir el ingreso de nuevas ideas" (p. 12). Ello puede parecer una imperfección, pero permite que "las ideas de la comunidad y de las ciencias sociales, correctas o no, a medida que ganan aceptación en aquélla, controlan las decisiones" (p. 15). En definitiva, el derecho se configura no como un "sistema cerrado", sino como un "sistema abierto" (*cfr*. Carrió, 1964, p. 135), y el razonamiento jurídico no puede aparecer como meramente deductivo, sino que el movimiento de los conceptos jurídicos resulta a la larga "circular" (p. 18): el concepto se va construyendo a medida que se comparan los casos, y puede llegar a modificarse en el sentido de que, al final del proceso, lo que era una circunstancia excepcional en cuanto a la aplicación del mismo, se convierte en regla general. La *lógica jurídica*, podría decirse, es una lógica peculiar, enraizada en el propio proceso de desarrollo del derecho, y en donde la noción de consenso juega un papel de gran relevancia:

> El contraste entre la lógica y el método de la praxis del derecho no beneficia a la primera ni al segundo. El razonamiento jurídico posee una lógica propia. Su estructura lo adecua para dar sentido a la ambigüedad, y para comprobar constantemente si la sociedad ha llegado a advertir nuevas diferencias o semejanzas... Este es el único sistema capaz de funcionar, aunque los hombres no se hallen en completo acuerdo. Los miembros de la comunidad son leales a la institución de la cual participan. Las palabras cambian para recibir el contenido que la comunidad les otorga. Carece de sentido esforzarse por encontrar acuerdo pleno antes de que la institución se ponga en funcionamiento (p. 132).

II. THEODOR VIEHWEG: UNA CONCEPCIÓN TÓPICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

1. *El desarrollo histórico de la tópica*

El libro de Viehweg antes mencionado se inicia con una referencia a una obra de Vico, de comienzos del XVIII, en la que este contraponía el método antiguo, tópico o retórico, al método nuevo, al método crítico del cartesianismo, y en la que se planteaba la necesidad de intercalar la tópica (que enseña a examinar una cosa desde ángulos muy diferentes; toma como punto de partida no un *primum verum*, sino lo verosímil, el sentido común; y lo desarrolla mediante un tejido de silogismos y no mediante largas deducciones en cadena) en el nuevo método. La tópica constituye, en efecto, una parte de la retórica, esto es, de una disciplina que tuvo una gran importancia en la Antigüedad y en la Edad Media, e incluso con posterioridad hasta la época del racionalismo.

Las dos grandes contribuciones de la Antigüedad son las obras de Aristóteles y de Cicerón. La *Tópica* de Aristóteles era una de las seis obras de que se componía el *Organon*. En ella, Aristóteles parte de una caracterización de los argumentos dialécticos (de los que se ocupan los retóricos y los sofistas), en relación con los argumentos apodícticos o demostrativos (de los que se ocupan los filósofos), los argumentos erísticos y las pseudoconclusiones o paralogismos. Los argumentos dialécticos —los de la tópica— se diferencian de los apodícticos, porque parten de lo simplemente opinable o verosímil, y no de proposiciones primeras o verdaderas.[3] Pero, por lo demás, las conclusiones dialécticas son, al igual que las apodícticas y a diferencia de las erísticas y de las pseudoconclusiones, formalmente correctas. La diferencia esencial radica, pues, en la naturaleza de las premisas, que, en el caso de los argumentos dialécticos, son *endoxa*, esto es, proposiciones que parecen verdaderas a todos o a los más sabios y, de estos, también a todos o a la mayor parte o a los más conocidos o famosos (Aristóteles, *Topica*, I, 1, 5, 3). Por esta razón, en el estudio de los argumentos dialécticos, Aristóteles se ocupa, además de la inducción y del silogismo (los dos modos de inferir de unos enunciados a

3 Los argumentos erísticos se fundan en proposiciones que son sólo aparentemente opinables. Las pseudoproposiciones o paralogismos se basan en proposiciones especiales de determinadas ciencias.

otros), del descubrimeinto de las premisas, de la distinción de los sentidos de las palabras, del descubrimiento de géneros y especies y del descubrimiento de analogías.

La *Tópica* de Cicerón (obra dedicada precisamente a un jurista) tuvo una mayor influencia histórica que la obra de Aristóteles, y se distingue de esta en que trata fundamentalmente de formular y aplicar un catálogo de tópicos (es decir, de lugares comunes, de puntos de vista que gozan de aceptación generalizada y son aplicables bien universalmente, bien en una determinada rama del saber) y no, como la de Aristóteles, de elaborar una teoría. En Cicerón desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero en su lugar surge una distinción, que tiene un origen estoico (y que recuerda hasta cierto punto la distinción que vimos en el tema anterior entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación), entre la invención y la formación del juicio. La tópica surge precisamente en el campo de la invención, de la obtención de argumentos; y un argumento es, para Cicerón, una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa (rationem quae rei dubiae faciat fidem); los argumentos están contenidos en los lugares o loci —los *topoi* griegos— que son, por tanto, sedes o depósito de argumentos; la tópica sería el arte de hallar los argumentos (*cfr*. García Amado, p. 68). La formación del juicio, por el contrario, consistiría en el paso de las premisas a la conclusión.

En cuanto parte de la retórica, la tópica —como ya se ha dicho— tuvo una considerable importancia en la formación antigua y medieval. La retórica, en efecto, fue una de las siete artes liberales que integraba, junto con la gramática y la dialéctica —la lógica medieval—, el trivium. El modo de pensar tópico aparece, pues, como un contrapunto del modo de pensar sistemático-deductivo del que la geometría de Euclides es el ejemplo paradigmático en la Antigüedad. La descalificación de la tópica y su pérdida de influencia en la cultura occidental, se habría producido, precisamente, a partir del racionalismo y de la irrupción del método matemático-cartesiano.

2. *Características de la tópica*

Viehweg caracteriza a la tópica mediante tres elementos que, por lo demás, aparecen estrechamente conectados entre sí (*cfr*. García Amado, 1988, p. 90): por un lado, la tópica es, desde el punto de vista de su obje-

to, una *técnica del pensamiento problemático*; por otro lado, desde el punto de vista del instrumento con que opera, lo que resulta central es la noción de *topos* o *lugar común*; finalmente, desde el punto de vista del tipo de actividad, la tópica es una *búsqueda y examen de premisas*: lo que la caracteriza es que consiste en un modo de pensamiento en que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre las conclusiones.

Así pues, la tópica es (de acuerdo con la distinción de Cicerón a que antes se aludió) un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas —de tópicos— que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional, elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas. A ello se contrapone el *ars iudicandi*, la lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas.

Por otro lado, los tópicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona. Ahora bien, el problema esencial que se plantea con su uso radica en que los tópicos no están jerarquizados entre sí, de manera que para la resolución de una misma cuestión cabría utilizar tópicos distintos, que llevarían también a resultados diferentes.

Por lo que se refiere a la noción de *problema*, la caracterización que ofrece Viehweg viene a coincidir sustancialmente con lo que —según vimos en el capítulo anterior— se entiende por un caso difícil. Un problema es, para Viehweg, "toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución" (p. 50). La tópica debe servir para resolver *aporías* o problemas que no es posible apartar.

La noción de problema se contrapone en Viehweg a la de sistema, lo que le lleva a distinguir —siguiendo a Hartmann— entre modo de pensar sistemático y modo de pensar aporético. La distinción no es demasiado clara y parece radicar en una cuestión de acento; esto es, todo pensamiento —toda disciplina— surge a partir de problemas y da lugar a algún tipo de sistema, pero el acento puede recaer en uno u otro elemento. Si el acento se pone en el sistema, entonces este opera una selección de los

problemas, de manera que los que no caen bajo el sistema se dejan aparte y quedan sencillamente sin resolver. Si, por el contrario, el acento se pone en el problema, entonces de lo que se trata es de buscar un sistema que ayude a encontrar la solución; el problema lleva así a una selección de sistemas y, en general, a una pluralidad de sistemas; aquí se trataría, por tanto, de algo así como un sistema abierto en el que el punto de vista no está adoptado de antemano (*cfr*. también Viehweg, 1999).[4]

3. *Tópica y jurisprudencia*

A partir de esta caracterización de la tópica, Viehweg sostiene que la jurisprudencia en la Roma antigua y durante la Edad Media fue, esencialmente, una jurisprudencia tópica. En su opinión, el estilo del jurista romano se basaba en el planteamiento de un problema para el que se trataba de encontrar argumentos, y no en la elaboración de un sistema conceptual. El objetivo principal del *ius civile* eran colecciones de reglas, de tópicos (por ejemplo: *quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere; nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet,* etc.), que se legitimaban en cuanto que eran aceptados por hombres notables, dotados de prestigio (la importancia de la referencia a la autoridad para la tópica es una constante desde Aristóteles). Y otro tanto cabe decir de la jurisprudencia medieval, tanto por lo que se refiere a la de los preglosadores como a la de los glosadores, y, sobre todo, a la de los comentaristas del *mos italicus*. En la Edad Media, el estudio del derecho iba precedido por el de la retórica (tanto en los canonistas —decretistas— como en los legistas), y de ahí que muchos famosos juristas (empezando por Irnerio) fueran maestros de retórica antes que de derecho. Viehweg señala, en particular, que el estilo de enseñansa del *mos italicus* se basaba en la discusión de problemas, aduciendo argumentos a favor y en contra de las posibles soluciones a los mismos, y no tanto en la configuración de un sistema; "el trabajo de organización sistemática —añade— se lo señala(ba) el profesor a los alumnos" (p. 100). Incluso Leibniz —el precursor de la moderna logística—, en una obra de juventud, trató de compaginar el tradicional estilo de pensameinto medieval con el matemático del XVII, pero su intento de matematizar la tópica, de poner bajo control matemático el *ars inveniendi* (que contaba con el notabilísimo precedente medieval

4 El análisis de la noción de *sistema jurídico* y *sistema abierto* está al final del artículo "Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico", cuya edición original data de 1969.

del *Ars Magna* del mallorquín Ramón Llull) fracasó debido, básicamente, a la multivolcidad del lenguaje natural.

A partir de la época moderna —continúa Viehweg—, la cultura occidental optó por abandonar la tópica y sustituirla por el método axiomático deductivo. Dicho método consiste en partir de una serie de principios o axiomas, que deben tener las propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia, pero al mismo tiempo no puede aplicarse el campo de la jurisprudencia:

> Mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos para su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando se presenta este caso, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra evidentemente la jurisprudencia (Viehweg, 1964, p. 129).

El intento característico de la época moderna de operar en el derecho con un método deductivo, esto es, de dotar de carácter científico a la técnica jurídica es, pues, equivocado, porque ello obligaría a una serie de operaciones y de cambios en el derecho que resultan inviables. Según Viehweg, sería necesario la axiomatización del derecho, el establecimiento de la prohibición de interpretar las normas, permitir el *non liquet*, una intervención continuada del legislador, y establecer preceptos de interpretación de los hechos que se orientasen exclusivamente hacia el sistema jurídico. Como esto es imposible, la alternativa que queda abierta es la de no modificar la esencia de la técnica jurídica (esto es, su carácter tópico), sino concebirla como una forma de aparición de la incesante búsqueda de lo justo de la que emana el derecho positivo y que se continúa de la mano del derecho positivo (*cfr*. Viehweg, 1964, p. 124). La jurisprudencia aparece, pues, como una técnica que opera —tópicamente— desde dentro del sistema jurídico y que se opone al pensar investigador llevado a cabo por disciplinas no dogmáticas como la historia del derecho o la sociología del derecho.[5]

5 El desarrollo de esta última contraposición entre pensar tópico y pensar investigador se encuentra en obras de Viehweg posteriores a *Topik und Jurisprudenz*; *cfr*. Viehweg (1990) y García Amador (1988, pp. 225 y ss.).

La exposición que Viehweg efectúa de la tópica culmina con una referencia a algunos ejemplos de la doctrina civilista alemana de los años cuarenta y cincuenta que, en su opinión, encarnarían el modelo tópico de jurisprudencia que él propone y que se basaría en los tres siguientes presupuestos: 1) "La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema"; la aporía fundamental es el problema de determinar qué es lo justo aquí y ahora; 2) "Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él"; 3) "Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Es preciso evitar cualquier otra" (Viehweg, 1964, págs. 129-130).

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Una valoración crítica de la obra de Viehweg y, en cierto modo, también de la de sus seguidores, puede sintetizarse en los siguientes puntos.

1. *Imprecisiones conceptuales*

Prácticamente todas las nociones básicas de la tópica son sumamente imprecisas e incluso equívocas.

Para empezar, en la obra de Viehweg y en la de sus seguidores, por *tópica* pueden entenderse al menos tres cosas distintas (*cfr*. Alexy, 1978, p. 40, quien sigue en ese punto a G. Otte, 1970): 1) una técnica de búsqueda de premisas; 2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas; 3) una teoría el uso de estas premisas en la fundamentación jurídica.

La noción de *problema* es, en el mejor de los casos, excesivamente vaga, pues "la mera concesión de importancia prioritaria al pensamiento de problemas no basta de por sí para caracterizar de forma unívoca ni excesivamente original una dirección metodológica o una teoría del Derecho" (García Amado, 1988, p. 114). Para ello se requeriría, entre otras cosas (lo que falta en la obra de Viehweg y en la de sus sucesores), "una caracterización que debería estar dotada de una mayor especificidad de la que supone la identificación de 'problema' con toda cuestión que admita

más de una respuesta, como hemos visto que lo entiende Viehweg" (*ibidem*, p. 114). Para llevar a cabo esta tarea, sería interesante tener en cuenta la doctrina del *status,* que históricamente significó el puente entre la retórica y la jurisprudencia y que se concibió como un medio para aclarar las cuestiones que se presentaban en los casos jurídicos y fijar así los puntos en disputa (*cfr*. Giuliani, 1970).

El concepto de *topos* ha sido históricamente equívoco (también en los escritos de Aristóteles y de Cicerón) y se usa en varios sentidos: como equivalente de argumento, como punto de referencia para la obtención de argumentos, como enunciados de contenido y como formas argumentativas (*cfr*. García Amado, 1988, p. 129, quien sigue la opinión de N. Horn, 1981). Alexy, fijándose en la obra de Struck (1971) (que es el punto de referencia que en ocasiones toma el propio Viehweg como ejemplo de catálogo de *topoi*), señala con razón que ahí se encuentran cosas tan heterogéneas como "*lex posterior derogat legi priori*", "lo inaceptable no puede ser exigido" y "propósito" (*cfr*. Alexy, 1978, p. 40). Y García Amado, después de plantearse la cuestión de qué es lo que queda de la noción de topos jurídico, concluye acertadamente así:

> Resumiendo, hemos visto que de los tópicos se ha dicho que son puntos de vista directivos, puntos de vista referidos al caso, reglas directivas, lugares comunes, argumentos materiales, enunciados empíricos, conceptos, medios de persuasión, criterios que gozan de consenso, fórmulas heurísticas, instrucciones para la invención, formas argumentativas, etc. Y como tópicos se citan adagios, conceptos, recursos metodológicos, principios de Derecho, valores, reglas de la razón práctica, *standards*, criterios de justicia, normas legales, etc. (p. 135).

En fin, la noción de *lógica* y de *sistema*, que en la obra de Viehweg funcionan como los principales términos de contraste para caracterizar la tópica, plantean también no pocos problemas. Lo menos que cabe decir es que Viehweg exagera la contraposición entre pensamiento tópico y pensamiento sistemático (es decir, lógico-deductivo), que su noción de sistema axiomático o de deducción es más estrecha que la que manejan los lógicos, y que estos no parecen tener mayor inconveniente en reconocer la importancia de la tópica en el razonamiento (concretamente, en el razonamiento jurídico), pero sin que ello signifique prescindir de la lógica.

2. *La fortuna histórica de la tópica y de la lógica*

Por otro lado, es interesante tener en cuenta que la ruptura de la tradición tópica o retórica en la época de la modernidad parece haber ido acompañada por el desplazamiento de la lógica. En opinión de Lorenzen, la lógica formal cayó en el olvido, precisamente en nombre de la ciencia, porque la nueva ciencia no partía de un modelo axiomático, que es el que está más íntimamente vinculado con la lógica formal:

> Este tipo ideal de la teoría axiomática fue reemplazado por otro tipo de teoría, es decir el de la llamada teoría analítica. Los modelos fueron la geometría analítica y la mecánica analítica, tal como surgieron en los siglos XVII y XVIII... También las teorías de la física moderna —que procuran distinguirse de la llamada física clásica— pertenecen a este tipo de teorías analíticas... La teoría analítica de la electrodinámica no comienza con axiomas como la geometría euclidiana, es decir, con ciertas proposiciones accesibles a la razón, sino con ciertas ecuaciones matemáticas, con las llamadas ecuaciones diferenciales... Todo esto no parece tener nada que ver con las operaciones lógico-formales. La lógica escolástica pareció, a la ciencia moderna, ser un instrumento que sólo era adecuado para discusiones verbales infructuosas (Lorenzen, 1973, pp. 16 y 17).

Y concluye poco después:

> Si entendemos así las ciencias de las teorías analíticas, entonces podemos entender el destino moderno de la lógica. El tipo de teorías analíticas que, con la matemática pura únicamente, proporcionaba todos los contextos de fundamentación sustituyó al tipo de las teorías axiomáticas; ésta es la razón por la cual la época moderna desplazó a la lógica. No la necesitaba. Esta es también la razón por la cual se quebró la tradición de la enseñanza de la lógica y el motivo por el cual hoy tenemos que comenzar totalmente de nuevo (*ibidem*, p. 18).

Es obvio que si esta interpretación es correcta, cae por tierra la tesis de Viehweg de que, a partir de la modernidad, el método tópico o retórico resultó sustituido por el método axiomático-deductivo. La decadencia de la tópica habría sido, por el contrario, un fenómeno paralelo al olvido de la lógica.

3. *Tópica y justicia*

El modelo tópico de funcionamiento de la jurisprudencia a que se refiere Viehweg al final de *Tópica y jurisprudencia* (*cfr. supra*, apartado II, 3) resulta indudablemente ingenuo. Sus afirmaciones en el sentido de que "la gran aporía fundamental... encuentra su formulación en la pregunta por el ordenamiento justo" (Viehweg, 1964, p. 132), de que "los conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica... no sólo cobran su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia" (p. 134), o de que "los principios de Derecho... sólo proporcionan unos resultados efectivamente aceptables cuando se los liga con la idea de la justicia" (p. 139), no parecen significar otra cosa que afirmar que la jurisprudencia tiene que buscar soluciones *justas* a partir de conceptos y proposiciones extraídos de la propia *justicia*. Pero esto sólo puede calificarse, en el mejor de los casos, como una trivialidad que, desde luego, no contribuye mucho a hacer avanzar la jurisprudencia o la teoría del razonamiento jurídico. El problema, naturalmente, no consiste en efectuar proclamas vacías sobre la justicia, sino en idear algún tipo de método (o, por lo menos, algún elemento de control) que permita discutir racionalmente acerca de las cuestiones de justicia.

4. *¿Una teoría de la argumentación jurídica?*

La tópica permite explicar o al menos darse cuenta de ciertos aspectos del razonamiento jurídico que pasan inadvertidos si uno se aproxima a este campo desde una vertiente exclusivamente lógica. Básicamente, cabría decir que permite ver que no sólo hay problemas de justificación interna, lo que, por cierto, no debe llevar tampoco a pensar que en la justificación externa la lógica formal no juega ningún papel. Pero, obviamente, la tópica, por sí sola, no puede dar una explicación satisfactoria de la argumentación jurídica. La tópica no permite ver el papel importante que en el razonamiento jurídico cumplen la ley (sobre todo, la ley), la dogmática y el precedente; se queda en la estructura superficial de los argumentos estándar, pero no analiza su estructura profunda, sino que permanece en un nivel de gran generalidad, alejado del nivel de la aplicación como tal del derecho (por ejemplo, un topos como "lo insoportable no es de derecho" es demasiado genérico para que sea aplicable, sin otros criterios, a la re-

solución de un problema concreto) (*cfr*. Alexy, 1978, pp. 40-41). Se limita a sugerir un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la argumentación, pero no da criterios para establecer una jerarquía entre ellos. Y, en definitiva, no proporciona una respuesta —ni siquiera el comienzo de una respuesta— a la cuestión central de la metodología jurídica, que no es otra que la de la racionalidad de la decisión jurídica (*cfr*. García Amado, 1988, p. 369).

5. *Sobre el desarrollo de la tópica jurídica*

A partir de la obra fundacional de Viehweg, la tópica ha conocido algunos desarrollos tanto por parte del propio Viehweg[6] como de otros autores, como O. Ballweg (1970), W. Schreckenberger (1978), H. Rodingen (1977), T. Seibert (1980) o F. Haft (1985). Todos ellos tienden a destacar la prevalencia del nivel pragmático del lenguaje frente al sintáctico y el semántico, la acentuación del carácter de dependencia con respecto a la situación de toda argumentación y la crítica a la ontologización a la que tiende una comprensión ingenua del lenguaje (*cfr*. Neumann, 1986, p. 55). Ello también da lugar a una aproximación a teorías de la argumentación jurídica, como la de Robert Alexy (de la que se hablará en un capítulo posterior), que se plantean la delimitación de las condiciones de posibilidad del discurso práctico racional general y del discurso jurídico como caso especial del primero. Pero, ciertamente, eso sólo puede llevar a afirmar que la concepción de Viehweg es compatible con (o, si se quiere, el punto de partida de) ciertas teorías de la argumentación (García Amado, 1988, p. 180), pero no que constituya una auténtica o suficiente teoría de la argumentación: "Se quedaría en un primer estadio de una tal teoría, describiría únicamente los primeros pasos o el punto de despegue del proceso argumentativo que termina en la decisión. Sería... un medio de selección de 'hipótesis de solución'" (*ibidem*, p. 184).

6. *Sobre el carácter descriptivo y prescriptivo de la tópica*

La obra de Viehweg contiene, además de una caracterización de la tópica, una tesis descriptiva acerca de en qué consiste el razonamiento jurí-

6 Los trabajos de Viehweg publicados desde 1960 hasta su fallecimiento en 1988 (Viehweg había nacido en 1907) están reunidos en Viehweg, 1990.

dico y una tesis prescriptiva acerca de en qué debería consistir. Esta última tesis no se diferencia claramente de la anterior, pues, como hemos visto, lo que Viehweg propone no es modificar, sino conservar el estilo de pensamiento tópico que cabe encontrar en la jurisprudencia. Ahora bien, la caracterización que ofrece Viehweg de la tópica es, como se ha visto, imprecisa y, en ciertos aspectos, también equívoca, y esas imprecisiones y equívocos se trasladan tanto a la tesis descriptiva como a la prescriptiva. Así, por un lado, es bastante probable que el estilo o el método del pensamiento jurídico no haya sido nunca puramente tópico, como quiera que se entienda esta expresión.[7] Y, por otro lado, no parece que tenga tampoco mucho sentido abogar por una jurisprudencia (tanto en el sentido de dogmática jurídica como en el de resultado o actividad de la aplicación del derecho por los tribunales) que no cuente con otras guías que las que pueda suministrarle la tópica.

7. *¿Qué queda de la tópica jurídica?*

A pesar de todas las críticas anteriores, en la obra de Viehweg hay algo importante, a saber: la necesidad de razonar también donde no caben fundamentaciones concluyentes y la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica. Esta dimensión —no desarrollada en realidad, pero a la que apunta la tópica— ha sido continuada por otras concepciones de la argumentación jurídica y ha cobrado en estos últimos años, un tanto paradójicamente, una gran importancia práctica como consecuencia de las actuales investigaciones sobre sistemas jurídicos expertos; esto es, en relación con la construcción de programas que reproduzcan las formas características de razonar de un profesional del derecho.

Un sistema jurídico experto —en general, un sistema experto— consta, esencialmente, de una base de datos y de un motor de inferencia, y ambos elementos deben estar dotados de características —para adecuarse al funcionamiento del razonamiento jurídico y del razonamiento ordinario— que, en un sentido amplio, cabría calificar como tópicas. La base de datos, en efecto, debe ser flexible, esto es, el sistema experto debe poder modificar

7 Véase, por ejemplo, la tesis de Kaser (1962) a propósito del pensamiento jurídico romano. Se pueden encontrar referencias en el prólogo a Viehweg de García de Enterría (1964) y en García Amado (1988, p. 74).

su base de conocimiento sin grandes dificultades (*cfr*. *Susskind*, 1987, p. 9), lo que podría traducirse en términos de que debe tratarse de un sistema abierto como el que propugna Levi o los partidarios de la tópica. Y, por lo que se refiere al motor de inferencia, el sistema debe contar no sólo con las reglas de inferencia que son de conocimiento público, es decir, aquellas reglas de carácter oficial que se encuentran codificadas en textos más o menos conocidos, sino también con reglas de experiencia que no tienen carácter público, sino que son de carácter informal y constituyen lo que se denomina *heurística jurídica*. A estas reglas tienen que recurrir los expertos cuando resulta impracticable alcanzar la solución del problema mediante el empleo de un procedimiento lógico secuencial (*cfr*. Martino, 1987, p. 140). En alguno de los sentidos, la tópica parece apuntar precisamente a este tipo de reglas.[8]

De todas formas, y como observación final, es necesario reconocer que en la tradición de pensamiento de la tópica jurídica que inaugura Viehweg pueden encontrarse en el estudio —y la práctica— del razonamiento jurídico; pero, por sí misma, no suministra una base sólida sobre la que edificar una teoría de la argumentación jurídica. El mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido una teoría, sino haber descubierto un campo para investigación. Algo, al fin y al cabo, que parece encajar perfectamente con el *espíritu* de la tópica.

8 El término general de *heurística* procede de Polya (1966) (*cfr*. Susskin, 1987, p. 9), pero no parece descabellado pensar que todo esto ha de tener algún parentesco con el *ars inveniendi* de la tópica.

CAPÍTULO TERCERO

PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA 45

I. El surgimiento de la nueva retórica 45

II. La concepción retórica del razonamiento jurídico 47

1. Lógica y retórica 47

2. Los presupuestos de la argumentación 49

3. El punto de partida de la argumentación 50

4. Las técnicas argumentativas 53

III. La lógica como argumentación 61

IV. Una valoración crítica de la teoría de Perelman 65

1. Una teoría de la razón práctica 65

2. Crítica conceptual 66

3. Crítica ideológica 70

4. Crítica de la concepción del derecho y del razonamiento jurídico 73

5. Conclusión 79

CAPÍTULO TERCERO

PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA

I. EL SURGIMIENTO DE LA NUEVA RETÓRICA

En el capítulo anterior, al considerar la obra de Viehweg, se hizo una referencia a la recuperación de la tradición de la tópica y de la retórica antigua, que tiene lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX. Pero entonces no se aludió al autor que probablemente haya contribuido en mayor medida a este resurgimiento y que no es otro que Chaim Perelman.

Aunque de origen polaco, Perelman (nacido en 1912 y muerto en 1984) vivió desde niño en Bélgica y estudió derecho y filosofía en la Universidad de Bruselas. Empezó dedicándose a la lógica formal y escribió su tesis, en 1938, sobre Gottlob Frege, el padre de la lógica moderna. Durante la ocupación nazi, decidió emprender un trabajo sobre la justicia (*cfr*. Perelman, 1945; traducción castellana, Perelman, 1964), tratando de aplicar a este campo el método positivista de Frege, lo que suponía eliminar de la idea de justicia todo juicio de valor, pues los juicios de valor caerían fuera del campo de lo racional. Su tesis fundamental consiste en que se puede formular una noción válida de justicia de carácter puramente formal, que él enuncia así: "Se debe tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría". Ahora bien, dado el carácter formal de esta regla, se necesita contar con otros criterios materiales de justicia que permitan establecer cuando dos o más seres pertenecen a la misma categoría. Según Perelman, podrían distinguirse los seis siguientes criterios,[1] que vienen a definir otros tantos tipos de sociedad y de ideología: a cada uno lo

1 En Perelman (1986, p. 3) se habla de ocho criterios, pero sin especificar cuáles son los otros dos. Por otro lado, en la concepción de la justicia de Perelman pueden advertirse algunos cambios de enfoque, de los cuales aquí prescindo; *cfr*. no obstante Hart (1963). Sobre otros aspectos de la teoría de la justicia de Perelman, *cfr*. Dearin (1986) y Van Quickenborne (1986). *Cfr*. también Perelman (1990), donde se recogen numerosos trabajos de este sobre la justicia y sobre la argumentación jurídica.

mismo; a cada uno según lo atribuido por la ley; a cada uno según su rango; a cada uno según sus méritos o su capacidad; a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades. El problema que aparece entonces estriba en que la introducción de estos últimos criterios implica necesariamente la asunción de juicios de valor, lo que lleva a Perelman a plantearse la cuestión de cómo se razona a propósito de valores.

A esta última cuestión, sin embargo, no logró darle una respuesta satisfactoria hasta que, años más tarde y en forma relativamente casual ("leyendo un libro sobre retórica literaria" [Perelman, 1986, p. 4]), se encontró con la obra de Aristóteles y, en particular, con el tipo de razonamientos a los que este denominó *dialécticos* (de los que trata en la *Tópica*, en la *Retórica* y en las *Refutaciones sofísticas*) y que —como hemos visto en el anterior capítulo— Aristóteles distinguió claramente de los razonamientos analíticos o deductivos (los de los *Primeros* y *Segundos Analíticos*). El "descubrimiento" de Perelman ocurre hacia 1950,[2] y a partir de entonces se desarrolla en numerosas obras; la más importante de todas —el texto canónico, podríamos decir— es el libro *La nouvelle rhetorique. Traité de l'argumentation*, escrito en colaboración con Olbrecht-Tyteca, y cuya primera edición data de 1958, fecha a partir de la cual ha tenido una amplísima difusión.[3]

En lo que sigue, expondré (en el apartado II) las ideas de Perelman sobre la retórica en general, basándome esencialmente en el último libro mencionado. Ello implica prescindir de algunos cambios de énfasis —y quizás más que de énfasis—, que cabría observar si se tuviera en cuenta también el resto de la producción de Perelman; pero a cambio se ganará —espero— en claridad y sistematicidad. Por otro lado, conviene recordar que, aunque con frecuencia se mencione únicamente el nombre de Perelman, el *Tratado* es también obra de Olbrech-Tyteca, quien quizás no haya contribuido al mismo con ideas originales, pero, desde luego, sí dotándole de una sistematicidad de la que carece el resto de la producción perelmaniana. Después (en el apartado III), me ocuparé, en particular, de la lógica

2 Sobre la evolución de Perelman, *cfr*. Gianformaggio (1973, p. 18), quien muestra cómo la retórica fue primero entendida como lógica de los juicios de valor —en *Logique et rhetorique*, de 1948 (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1950)—; después como teoría de la argumentación —en *La nouvelle rhetorique. Traité de l'argumentation*, de 1958 (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1958)—; y finalmente, como lógica de la elección racional, en *Le raisonnement pratique*, de 1968 (Perelman, 1968).

3 En adelante se citará la edición castellana (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989). De esta obra existe una traducción al italiano con un estudio introductorio de Norberto Bobbio (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1966) y al inglés (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1969).

jurídica.[4] Aunque, como luego veremos, Perelman considera al razonamiento jurídico como el paradigma del razonamiento práctico (*cfr*., por ejemplo, Perelman, 1962), este orden de la exposición parece justificado, pues en la génesis del pensamiento de Perelman, el análisis del razonamiento jurídico aparece como una confirmación, no como una fuente, de su teoría lógica (*cfr*. Gianformaggio, 1973, p. 136). Por lo demás, el propio Perlman, en uno de sus últimos trabajos, habla de la existencia de una retórica general y de una retórica especializada, y cita su libro de lógica jurídica como un ejemplo de obra retórica aplicada al razonamiento de los juristas (Perelman, 1986, p. 9). Finalmente (en el apartado IV), presentaré una valoración crítica de la obra de Perelman.

II. La concepción retórica del razonamiento jurídico

1. *Lógica y retórica*

Perelman parte —como ya se ha indicado— de la distinción básica de origen aristotélico entre razonamientos analíticos o lógico-formales, por un lado, y razonamientos dialécticos o retóricos, por el otro, y sitúa a su teoría de la argumentación en este segundo apartado. Su objetivo fundamental es el de ampliar el campo de la razón más allá de los confines de las ciencias deductivas y de las ciencias inductivas o empíricas, para poder dar cuenta también de los razonamientos que se presentan en las ciencias humanas, en el derecho y en la filosofía. Lo que a él le interesa, concretamente, es la estructura, la lógica, de la argumentación, y no, por ejemplo, los aspectos psicológicos de la misma; con ello pretende seguir un programa semejante al de Frege: mientras que este habría renovado la lógica formal a partir de la idea de que en las deducciones matemáticas se encuentran los mejores ejemplos de razonamientos lógicos, Perelman arranca de la idea de que el análisis de los razonamientos que utilizan los políticos, jueces o abogados (aunque en el *Tratado* aparecen sobre todo ejemplos de obras literarias) debe ser el punto de partida para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica.

4 Para ello utilizaré esencialmente un libro de Perelman de 1976: *La logique juridique. La nouvelle rhetorique,* traducción castellana, Perelman (1979).

La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad. Un razonamiento lógico-deductivo, o demostrativo, implica —como hemos visto— que el paso de las premisas a la conclusión es necesario: si las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión. Por el contrario, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión.[5] Por eso, en la argumentación es fundamental la referencia a un *auditorio* al que se trata de *persuadir*. Si Perelman elige para designar su teoría el nombre de *retórica* antes que el de *dialéctica*, ello se debe precisamente a la importancia que concede a la noción de auditorio, que, ciertamente, es la noción central de la teoría (*cfr*. Fisher, 1986, p. 86), y al hecho de que *dialéctica* le parece un término más equívoco, pues a lo largo de la historia se ha utilizado con múltiples significados: para los estoicos y los autores medievales era sinónimo de lógica, en Hegel —y en Marx—, como se sabe, tiene un sentido completamente distinto, etcétera.[6]

Por otro lado, Perelman contempla la argumentación como un proceso en el que todos los elementos interaccionan constantemente, y en esto se distingue también de la concepción deductiva y unitaria del razonamiento de Descartes y de la tradición racionalista. Este veía en el razonamiento un "encadenamiento" de ideas, de tal manera que la cadena de las proposiciones no puede ser más sólida que el más débil de los eslabones; basta con que se rompa uno de los eslabones para que la certeza de la conclusión se desvanezca. Por el contrario, Perelman considera que la estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido: la solidez de este es muy superior a la de cada hilo que constituye la trampa (Perelman, 1969). Una consecuencia de ello es la imposibilidad de separar tajantemente cada uno de los elementos que componen la argumentación. No obstante, a efectos expositivos, Perelman y Olbrecht-Tyteca, en el *Tratado*, dividen el estudio de la teoría de la argumentación en tres partes: los presupuestos o límites de la argumentación; los puntos o tesis de partida; y las técnicas argumentativas, es decir, los argumentos en sentido estricto.

5 Pero, como se verá más adelante, la forma de entender estos razonamientos por parte de Perelman no coincide del todo con el modelo aristotélico.

6 Sobre las relaciones entre retórica y dialéctica *cfr*. Maneli, 1979, pp. 216-238.

2. *Los presupuestos de la argumentación*

Puesto que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos, el auditorio, a que se dirige, para que exista argumentación se necesitan ciertas condiciones previas, como la existencia de un lenguaje común o el concurso ideal del interlocutor, que tiene que mantenerse a lo largo de todo el proceso de la argumentación. En la argumentación se pueden distinguir tres elementos: el *discurso*, el *orador* y el *auditorio*; pero este último —como ya se indicó— juega un papel predominante y se define como "el conjunto de todos aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación" (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 55). Perelman pone de manifiesto cómo la distinción clásica entre tres géneros oratorios: el deliberativo (ante la asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse), se efectúa precisamente desde el punto de vista de la función que respectivamente juega el auditorio. Y concede, por cierto, una considerable importancia al género epidíctico (cuando el discurso parte de la adhesión previa del auditorio, como ocurre en los panegíricos, en los sermones religiosos o en los mítines políticos), pues el fin de la argumentación no es sólo conseguir la adhesión del auditorio, sino también acrecentarla. Sin embargo, la clasificación más importante de tipos de argumentación que efectúa Perelman se basa en la distinción entre la argumentación que tiene lugar ante el auditorio universal, la argumentación ante un único oyente (el diálogo) y la deliberación con uno mismo.[7]

Sobre todo en los últimos años, se ha concedido una gran importancia al concepto perelmaniano de *auditorio universal* que, aunque dista de ser un concepto claro, al menos en el *Tratado* parece caracterizarse por estas notas: 1) es un concepto límite en el sentido de que la argumentación ante el auditorio universal es la norma de la argumentación objetiva; 2) dirigirse al auditorio universal es lo que caracteriza a la argumentación filosófica; 3) el de auditorio universal no es un concepto empírico: el acuerdo de un auditorio universal "no es una cuestión de hecho, sino de derecho" (*ibidem*, p. 72); 4) el auditorio universal es ideal en el sentido de que está formado por todos los seres de razón, pero, por otro lado, es una construcción del orador, es decir, no es una entidad objetiva; 5) ello significa no

7 En esta clasificación no se incluye, sin embargo, un tipo de argumentación de indudable interés y a la que Perelman —como en seguida se verá— hace referencia en otras partes del *Tratado*: la argumentación que tiene lugar ante auditorios particulares.

sólo que diversos oradores construyen diversos auditorios universales, sino también que el auditorio universal de un mismo orador cambia.[8]

Una de las funciones que cumple este concepto en la obra de Perelman es la de permitir distinguir (aunque se trate de una distinción imprecisa, como también lo es la distinción entre los diversos auditorios) entre *persuadir* y *convencer*. Una argumentación persuasiva, para Perelman, es aquella que sólo vale para un auditorio particular, mientras que una argumentación convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón.

En fin, la argumentación, a diferencia de la demostración, está estrechamente ligada a la *acción*. La argumentación es, en realidad, una acción —o un proceso— con la que se pretende obtener un resultado: lograr la adhesión del auditorio, pero sólo por medio del lenguaje, es decir, prescindiendo del uso de la violencia física o psicológica. Por otro lado, su proximidad con la práctica hace que en la argumentación no quepa hablar propiamente de objetividad, sino tan sólo de *imparcialidad*: "...ser *imparcial* no es ser *objetivo*, es formar parte del mismo grupo que aquellos a los que se juzga, sin haber tomado partido de antemano por ninguno de ellos" (*ibidem*, p. 113). La noción de imparcialidad, por otro lado, parece estar en estrecho contacto con la de regla de justicia (ser imparcial implica que en circunstancias análogas se reaccionaría igual) y con la de auditorio universal (los criterios seguidos tendrían que ser válidos para el mayor número posible y, en última instancia, para el auditorio universal *cfr*. *ibidem*, p. 115).

3. *El punto de partida de la argumentación*

Al estudiar las premisas de que se parte en una argumentación, se pueden distinguir tres aspectos: el acuerdo, la elección y la presentación de las premisas.

Para poder desarrollar una argumentación hay que partir, en efecto, de lo que se admite inicialmente, si bien el punto de partida mismo constituye ya un primer paso en su utilización persuasiva. Los *objetos de acuerdo* pueden ser relativos a lo *real* (hechos, verdades o presunciones), o bien relativos a lo *preferible* (valores, jerarquías y lugares de lo preferible). Los primeros pretenden ser válidos para el auditorio universal, mientras

8 "El auditorio universal es, como los demás, un auditorio concreto, el cual se modifica con el tiempo con la idea que de él se forma el orador" (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 742).

que los segundos sólo serían válidos para auditorios particulares. Así, por ejemplo, los *hechos* (trátese de hechos de observación o de supuestos convencionales) se caracterizan porque suscitan una adhesión tal del auditorio universal que sería inútil reforzar. Se diferencian de las *verdades* porque los primeros son objetos de acuerdo precisos, limitados, mientras que las segundas son sistemas más complejos, uniones de hechos (por ejemplo, teorías científicas, concepciones filosóficas, religiosas, etc.). Y de las *presunciones* porque estas —a diferencia de los hechos— sí que pueden —o necesitan— justificarse ante el auditorio universal.

Los *valores* son objetos de acuerdo relativos a lo preferible en cuanto que presuponen una actitud sobre la realidad y no pretenden valer para el auditorio universal. O, para ser más precisos, los valores más generales (como lo verdadero, el bien, lo bello o lo justo) sólo valen para el auditorio universal a condición de no especificar su contenido; en la medida en que se precisan, se presentan solamente como conformes a las aspiraciones de ciertos grupos particulares. Ahora bien, lo que caracteriza a un auditorio no es tanto los valores que admite, cuanto la manera como los *jerarquiza*. Y una forma de justificar una jerarquía (o un valor) consiste en recurrir a premisas de orden muy general, esto es, a los *lugares comunes* o *tópicos*. La tópica vendría a constituir, pues, en la teoría de Perelman, un aspecto de la retórica.

Por otro lado, hay tipos de argumentación que se desarrollan para un auditorio no especializado, mientras que otros conciernen a auditorios particulares que se caracterizan porque en ellos valen cierto tipo de acuerdos específicos. Por ejemplo, en el derecho positivo y en la teología positiva, un *hecho* no tiene que ver ya con el acuerdo del auditorio universal; un hecho es lo que los textos permiten o exigen tratar como tal. Además, una discusión no podría tener lugar si los interlocutores pudieran poner en duda, sin ningún límite, los acuerdos de la argumentación; es decir, si no funcionara algo así como un *principio de inercia* en que se basa, por ejemplo, la técnica jurídica del precedente y, en general, la regla formal de justicia.

> La inercia permite contar con lo normal, lo habitual, lo real, lo actual, y valorizarlo, ya se trate de una situación existente, de una opinión admitida o de un estado de desarrollo continuo y regular. El cambio, por el contrario, debe justificarse; una decisión, una vez tomada, sólo puede modificarse por razones suficientes (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 178).

Sin embargo, a veces se puede cometer el error consistente en apoyarse en premisas que el interlocutor no ha admitido, y se incurre por ello en petición de principio, esto es, se postula lo que se quiere probar. Pero la petición de principio no es un error de tipo lógico (una deducción lógica siempre incurriría en petición de principio, puesto que la conclusión está ya contenida en las premisas), sino un error de argumentación; consiste en un mal uso del argumento *ad hominem*: toda argumentación es —en sentido amplio— *ad hominem*, pues depende de lo que el interlocutor esté dispuesto a admitir, pero se usa mal dicho argumento cuando se supone erróneamente que el interlocutor ha aceptado ya una tesis que se intenta que admita.

Para que una argumentación sea posible, es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo. Como es imposible presentar la totalidad de esos elementos, la argumentación será necesariamente selectiva, y en dos sentidos, pues hay que elegir tanto los elementos como la forma de presentarlos. La selección cumple, por otro lado, un efecto de atribuir *presencia* a esos elementos, lo que constituye un factor esencial en la argumentación.

En la selección de lo dado, es importante estudiar el papel que juegan la interpretación, las calificaciones (epítetos y clasificaciones) y el uso de las nociones. Aquí, Perelman atribuye una gran importancia al uso de nociones oscuras (en su opinión, fuera del seno de un sistema formal, todas las nociones son en mayor o menor medida oscuras), en cuanto que permiten acuerdos de tipo muy general. Los valores universales, que son instrumentos de persuasión por excelencia —por ejemplo, el de justicia—, son también las nociones más confusas (*cfr*. Perelman, 1978, pp. 3-17).

Finalmente, a propósito de la presentación de las premisas, Perelman y Olbrecht-Tyteca muestran qué papel juega la utilización de ciertas formas verbales, de las modalidades de expresión del pensamiento (por ejemplo, el uso de afirmaciones o negaciones, de aserciones, interrogaciones, prescripciones, etc.) y de las *figuras retóricas*. Estas últimas no se estudian en cuanto figuras de estilo, sino en cuanto figuras argumentativas, y aparecen clasificadas en tres grupos: figuras de elección (la definición oratoria, la perífrasis, la sinécdoque o la metonimia); de presencia (la onomatopeya, la repetición, la amplificación, la sinonimia, el pseudodiscurso directo); y de comunión (la alusión, la citación, el apóstrofe). La clasificación atiende al efecto —o al efecto predominante— que las mismas cumplen en el contexto de la presentación de los datos y que puede ser, respectiva-

mente: imponer o sugerir una elección; argumentar la presencia de un determinado elemento; crear o confirmar la comunión con el auditorio.

4. *Las técnicas argumentativas*

A. *Clasificación de los argumentos*

En el *Tratado*, Perelman y Olbrecht-Tyteca parten de una clasificación general de las técnicas argumentativas, de los argumentos, en dos grupos, según se vean como procedimientos de *enlace* ("unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que prentenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente") (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 299) o de *disociación* (su objetivo es "disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de pensamiento") (*ibidem*, pp. 299 y 300). A su vez, los primeros se clasifican en: argumentos cuasilógicos, cuya fuerza deriva de su proximidad —pero no identificación— con argumentos puramente lógicos o matemáticos; argumentos basados sobre la estructura de lo real, bien se trate de enlaces de sucesión o bien de enlaces de coexistencia; y argumentos que fundan la estructura de lo real tomando como fundamento bien el caso particular o bien la semejanza de estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos (analogía). Para aclarar un poco más las cosas desde el principio, puede ser útil ofrecer el siguiente cuadro que recoge la mayor parte de las técnicas argumentativas estudiadas en el *Tratado*:

TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

De enlace o asociación:
- — argumentos cuasilógicos
  - — lógicos
    - — contradicción
    - — identidad
      - — completa: definición
      - — parcial:
        - — regla de justicia
        - — reciprocidad
      - — transitividad

— matemáticos:
— de inclusión:
— relación parte-todo
— relación parte-parte de un todo
— dilema
— argumentos jurídicos:
— *a pari*
— *a contrario*
— de comparación: argumento del sacrificio
— probabilidades
— argumentos basados en la estructura de lo real
— enlaces de sucesión
— basados en el nexo casual
— argumento paradigmático
— relación hecho-consecuencia y medio-fin
— argumentación por etapas
— argumento del despilfarro
— argumento de la dirección
— argumento de la superación
— enlaces de coexistencia:
— relación acto-persona: argumento de autoridad
— relación individuo-grupo
— relación simbólica
— doble jerarquía
— diferencias de grado y de orden
— argumentos que fundan la estructura de lo real:
— argumentación por el caso particular
— ejemplo
— ilustración
— modelo
— razonamiento por analogía.

De disociación.

B. *Argumentos cuasilógicos*

Los argumentos cuasilógicos, que se basan en estructuras lógicas en sentido estricto, pueden hacer referencia, a su vez, a la noción de contradicción, de identidad y de transitividad.

En el plano de un discurso no formal, lo que surgen no son tanto contradicciones en sentido estricto, como incompatibilidades (estas últimas

se diferencian de las primeras en que su existencia está en función de las circunstancias, es decir, no tienen un carácter abstracto); mientras que la *contradicción formal* se vincula con la noción de absurdo, la de *incompatibilidad* va ligada con la de ridículo: una afirmación es ridícula cuando entra en conflicto, sin justificación, con una opinión admitida; a su vez, el ridículo puede lograrse a través de la ironía, que es un procedimiento consistente en querer hacer entender lo contrario de lo que se dice; el uso de la ironía implica, así, un tipo de argumentación indirecta que viene a equivaler al argumento por reducción al absurdo en geometría.

Por lo que se refiere a la noción de *identidad*, la identificación de seres, acontecimientos o conceptos es un argumento cuasilógico cuando esta operación no se considera ni arbitraria ni evidente. Se pueden distinguir dos procedimientos de identificación: la identidad completa y la identidad parcial. El procedimiento más característico de identidad completa es la definición, que puede jugar un doble papel en la argumentación, sobre todo cuando existen varias definiciones de un término del lenguaje natural: por un lado, las definiciones pueden justificarse con ayuda de argumentaciones; y, por otro lado, las definiciones son ellas mismas argumentos, esto es, sirven para hacer avanzar el razonamiento. En cuanto a la identidad parcial, aquí, a su vez, cabe distinguir entre la *regla de justicia* (que permite, por ejemplo, presentar como una argumentación cuasilógica el uso del precedente) y los argumentos de *reciprocidad,* que llevan a la aplicación del mismo trato a situaciones que no son idénticas, sino *simétricas* (una relación es simétrica, cuando si vale *Rxy*, entonces también vale *Ryx*), con lo que, en definitiva, el principio de reciprocidad (en que se basa una moral de tipo humanista, bien se trate de principios judeocristianos, como *no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti*, o bien del imperativo categórico kantiano) viene a implicar también —o a justificar— la aplicación de la regla de justicia.

Finalmente, los argumentos que se basan en la noción de *transitividad* (una relación es transitiva cuando, si vale *Rxy* y *Ryx*, entonces también vale *Rxz)* son especialmente aplicables cuando existen relaciones de solidaridad (*los amigos de tus amigos son mis amigos*) y antagonismo, y cuando se trata de ordenar seres o acontecimientos sobre los que no cabe confrontación directa (si *A* es mejor que *B* y *B* es mejor que *C*, entonces *A* es mejor que *C*).

La noción matemática de *inclusión* puede entenderse en el sentido de la relación entre las partes y el todo, de donde surgen diversos tipos de argu-

mentos (por ejemplo, el valor de la parte es proporcional a lo que representa en comparación con el todo), o bien como relación entre las partes resultantes de la división de un todo. Esto último, es decir, el argumento de la división, es la base del *dilema* (una de cuyas formas consiste en mostrar que de dos posibles opciones que se presentan en una situación, ambas conducen a un resultado inaceptable), pero también de los argumentos jurídicos *a pari* (lo que vale para una especie vale también para otra especie del mismo género) o *a contrario* (lo que vale para una no vale para la otra, porque se entiende que esta última es una excepción a una regla sobreentendida referente al género).

En los argumentos de comparación (en los que está subyacente la idea de *medida*, susceptible hasta cierto punto de prueba) se confrontan varios objetos para evaluarlos unos en relación con otros. Un argumento de comparación frecuentemente usado es el que se vale del *sacrificio* que se está dispuesto a sufrir para obtener cierto resultado y que está en la base de todo sistema de intercambio económico (por ejemplo, en la compraventa), aunque el argumento no se limita al campo económico.

Los argumentos que se basan en la noción de *probabilidad*, en fin, son característicos de la tradición utilitarista, y uno de los efectos de su uso es el de dotar de un carácter más empírico al problema sobre el que se discute.

C. *Argumentos basados en la estructura de lo real*

Los argumentos fundamentados en la estructura de lo real se sirven de enlaces de sucesión o de coexistencia para establecer una solidaridad entre juicios admitidos y otros que se tratan de promover. Los que se aplican a enlaces de sucesión "unen un fenómeno con sus consecuencias o sus causas" (Perelman y Obrecht-Tyteca, 1989, p. 404). Aquí se incluye, por ejemplo, el *argumento pragmático*, que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Este tipo de argumento juega un papel tan esencial que a veces se ha querido reducir a él toda argumentación razonable.[9] Esto, en opinión de Perelman, no es aceptable, pues su uso plantea diversas dificultades (como la de establecer todas las consecuencias de un acto o distinguir las consecuencias favorables de las desfavorables) que sólo pueden resolverse recurriendo a argumentos de otros tipos. También se sirven de un enla-

9 Como hace, por ejemplo, Bentham (*cfr*. Perelman, 1958).

ce de sucesión los argumentos que consisten en interpretar un acontecimiento según la relación *hecho-consecuencia* o bien *medio-fin* (los fines, a diferencia de las consecuencias, son queridos, esto es, tienen carácter voluntario). O, en fin, los que se basan, en general, en la relación medio-fin, que son tan importantes en la filosofía política.

Además, en este apartado se incluyen también otros argumentos que se refieren a la sucesión de dos o más acontecimientos y que, sin excluir necesariamente la idea de causalidad, no la ponen —como los anteriores— en un primer plano. Así ocurre con el *argumento del despilfarro,* que consiste en sostener que, puesto que ya se ha comenzado una obra y se han aceptado sacrificios que serían inútiles en caso de renunciar a la empresa, es preciso proseguir en la misma dirección; con el *argumento de la dirección*, que consiste esencialmente en la advertencia contra el uso del procedimiento de las etapas (si se cede esta vez, se deberá ceder un poco más la próxima vez, hasta llegar...); o con el *argumento de la superación* (*depasement*), que insiste en la posibilidad de ir siempre en un sentido determinado sin que se entrevea un límite en esta dirección, y esto con un crecimiento continuo de valor.

Los argumentos fundamentados en la estructura de lo real que se emplean en los enlaces de coexistencia, "asocian a una persona con sus actos, un grupo con los individuos que lo componen y, en general, una esencia con sus manifestaciones" (*ibidem*, p. 404). La relación *acto-persona* da lugar a diversos tipos de argumentos, pues tanto cabe que los actos influyan sobre la concepción de la persona, como que sea la persona quien influya sobre sus actos; o que se den relaciones de interacción en que no es posible dar primacía a ninguno de los dos elementos.

Un tipo característico de argumento basado en la relación acto-persona (y, en particular, en el prestigio de una persona o grupo de personas) es el *argumento de autoridad*, que se sirve de dicha relación como medio de prueba a favor de una tesis. Para Perelman, la legitimidad de este argumento no puede ponerse en cuestión de manera general, pues cumple un papel muy importante, especialmente cuando la argumentación trata con problemas que no conciernen simplemente a la noción de verdad. Este es, por ejemplo, el caso del derecho, donde el precedente judicial se basa precisamente en la noción de autoridad. Las relaciones entre un grupo y sus miembros pueden analizarse en términos esencialmente semejantes a la relación acto-persona. Y lo mismo ocurre cuando se conectan fenómenos particulares con otros que se consideran la expresión de una esencia.

Perelman entiende también que es útil aproximar a los enlaces de coexistencia los enlaces simbólicos, que conectan el símbolo a lo que simboliza, estableciendo entre ambos elementos una relación de *participación*: el símbolo se distingue del signo, porque la relación entre el símbolo y lo simbolizado no es puramente convencional (por ejemplo, el león es símbolo de valor, la cruz es símbolo del cristianismo, etc.).

Los enlaces de coexistencia, en fin, pueden servir también de base a argumentos más complejos, como el *argumento de doble jerarquía*: una jerarquía entre valores se justifica por medio de otra jerarquía; por ejemplo, la jerarquía de las personas acarrea una gradación de los sentimientos, acciones, etc., que emanan de ellas. Y los *argumentos relativos a las diferencias de orden y de grado*: un cambio de grado o cuantitativo puede dar origen a un cambio de naturaleza, un cambio cualitativo, lo que da lugar a diversos tipos de argumentos; por ejemplo, a sostener que no se debe realizar una acción que implique un cambio del primer tipo si hay razones para no desear un cambio del segundo tipo.

D. *Argumentos que fundan la estructura de lo real*

Los enlaces que fundan la estructura de lo real recurriendo al caso particular dan lugar esencialmente a tres tipos de argumentos: el ejemplo, la ilustración y el modelo. En la argumentación por el *ejemplo*, el caso particular sirve para permitir una generalización: en las ciencias se tratará de formular una ley general, mientras que en el derecho, la invocación del precedente equivale a considerarlo como un ejemplo que funda una regla nueva (la que se expresa en la *ratio decidendi*). A diferencia del ejemplo, la *ilustración* afianza (pero no fundamenta) una regularidad ya establecida: así, una determinada disposición jurídica se verá como una ilustración de un principio general en cuanto que hace patente el principio el cual, sin embargo, no debe su existencia a dicha disposición. En fin, en el *modelo*, un comportamiento particular sirve para incitar a una acción que se inspira en él.

El razonamiento por analogía, tal y como lo entiende Perelman (*cfr.* Atienza, 1986), no coincide con lo que los juristas denominan así, es decir, con el argumento *a simili* o *a pari*, y de ahí que Perelman piense que no tiene gran importancia en el derecho. En el *Tratado*, la analogía se concibe como una similitud de estructuras, cuya fórmula general sería:

A/*B* = *C*/*D* (por ejemplo, los casos no previstos son al derecho lo que las lagunas a la superficie terrestre), y en donde se cumplen las siguientes condiciones: 1) el conjunto de los términos *C* y *D*, llamado *foro*, debe ser mejor conocido que el conjunto de los términos *A* y *B*, *denominado tema*; de esta manera, el foro permite aclarar la estructura o establecer el valor del tema. 2) Entre el tema y el foro debe existir una relación de asimetría, de tal manera que de *A/B = C/D* no puede pasarse a afirmar también *C/D = A/B; en esto se diferencia la analogía de una simple proporción matemáti*ca (si 2/3 = 6/9, entonces también vale 6/9 = 2/3). 3) Tema y foro deben pertenecer a dominios diferentes; si pertenecieran a un mismo dominio y pudieran subsumirse bajo una estructura común, estaríamos ante un ejemplo o una ilustración. 4) La relación de semejanza, por último, es una relación que se establece entre estructuras, no entre términos; no es tanto, por así decirlo, una relación de semejanza, como una semejanza de relaciones. Esto permite diferenciar la analogía de la identidad parcial, del argumento *a pari* y de la metáfora que Perelman considera como una "analogía condensada" (*cfr*. Perelman, 1969b). La metáfora es, concretamente, el resultado de la fusión de un elemento del foro con un elemento del tema; así, partiendo del ejemplo anterior, se utiliza una metáfora cuando se llama a un caso no previsto (*A*) una laguna del derecho (*C* de *B*).

E. *Argumentos de disociación*

Mientras que las técnicas de ruptura de enlaces consisten en afirmar que están indebidamente asociados elementos que deberían permanecer separados e independientes (y por eso se estudian en relación con los diversos argumentos de enlace o asociación), "la disociación presupone la unidad primitiva de dos elementos confundidos en el seno de una misma concepción, designados por una misma noción"; con la disociación "ya no se trata de romper los hilos que enlazan dos elementos aislados, sino de modificar su propia estructura" (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 628). Así, la disociación de las nociones consiste en una transformación "provocada siempre por el deseo de suprimir una incompatibilidad, nacida de la confrontación de una tesis con otras, ya se trate de normas, hechos o verdades" (*ibidem*, p. 629). Un ejemplo de utilización de un argumento de disociación lo constituye la introducción por un jurista de una distinción dirigida a conciliar normas que de otra forma serían incompati-

bles (es la misma función que cumplían los *distinguo* de la teología escolástica). El prototipo de toda disociación es la pareja apariencia-realidad, que surge de la necesidad de evitar incompatibilidades entre apariencias que no pueden ser consideradas todas expresión de la realidad, si se parte de la hipótesis de que todos los aspectos de lo real son compatibles entre sí; por ejemplo, el palo hundido parcialmente en el agua parece que está doblado cuando lo miramos y recto cuando lo tocamos, pero en realidad no puede estar recto y doblado al mismo tiempo. Del mismo modo, el hombre no puede ser al mismo tiempo libre y esclavo, lo que llevó a Rousseau a distinguir entre el estado de sociedad civil (en que el hombre aparece encadenado como consecuencia, sobre todo, de la invención de la propiedad privada) y el estado de naturaleza (en que el hombre es ciertamente un ser libre). Perelman y Olbrecht-Tyteca llaman "parejas filosóficas" a las que resultan (a semejanza de la pareja apariencia/realidad) de una disociación de las nociones: por ejemplo, medio/fin; consecuencia/hecho o principio; acto/persona; relativo/absoluto; teoría/práctica; letra/espíritu. Estas parejas se usan en todos los niveles y dominios y juegan un papel eminente en cuanto expresión de una determinada visión del mundo (*cfr*. Olbrecht-Tyteca, 1979).

F. *Interacción y fuerza de los argumentos*

El análisis anterior de los argumentos es, sin embargo, insuficiente. Por un lado, porque la clasificación no es exhaustiva ni permite tampoco diferenciar clases de argumentos que se excluyan mutuamente. Es decir, un mismo argumento real puede explicarse a partir de diversas técnicas argumentativas: el precedente —como hemos visto— sería un supuesto de aplicación de la regla de justicia, pero también de uso del argumento de autoridad y del argumento a partir de ejemplos; y la definición no es sólo un instrumento de la argumentación cuasilógica, sino también un instrumento de disociación, si se usa para diferenciar el sentido aparente de una noción de su significado verdadero (*cfr*. Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, pp. 675 y ss.).

Por otro lado, lo que importa en la argumentación no es tanto los elementos aislados los argumentos- cuanto el todo del que forman parte. Como antes se dijo, todos los elementos de la argumentación están en constante interacción, lo cual se produce desde varios puntos de vista:

"interacción entre diversos argumentos enunciados, interacción entre éstos y el conjunto de la situación argumentativa, entre éstos y su conclusión y, por último, interacción entre los argumentos contenidos en el discurso y los que tienen a este último por objeto" (*ibidem*, p. 699). El orador deberá tener en cuenta este complejo fenómeno de interacción a la hora de elegir sus argumentos, así como la amplitud y el orden de la argumentación. Para ello tendrá que guiarse por una noción confusa pero indispensable, la de *fuerza de los argumentos*.

En el *Tratado* se sugieren diversos criterios para valorar la fuerza de los argumentos, pero el principio que se considera capital es el de la *adaptación al auditorio*. Sin embargo, esto puede entenderse de dos maneras, en cuanto que puede pensarse que un argumento sólido es un argumento *eficaz* que determina la adhesión a un auditorio, o bien un argumento válido, es decir, un argumento que debería determinar dicha adhesión. Según Perelman, independientemente de la importancia que tenga tanto el elemento descriptivo —la eficacia— como el normativo —la validez— para la apreciación de la fuerza de los argumentos, lo cierto es que "en la práctica se distingue entre argumentos fuertes y argumentos débiles" (*ibidem,* p. 705). Aunque este sea uno de los puntos más oscuros del *Tratado*, Perelman parece sugerir un doble criterio: uno que se aplica a todos los argumentos en general y otro característico de cada uno de los campos de la argumentación.

> Nuestra tesis consiste en que se aprecia esta fuerza gracias a la regla de justicia: lo que, en cierta situación, ha podido convencer, parecerá convincente en una situación semejante, o análoga. En cada disciplina particular, el acercamiento entre situaciones será objeto de un examen y de un refinamiento constantes. Toda iniciación en un campo racionalmente sistematizado, no sólo proporciona el conocimiento de los hechos y las verdades de la rama en cuestión, de su terminología específica, de la manera en que se han de emplear los instrumentos de que dispone, sino también educa sobre la apreciación del poder de los argumentos utilizados en esta materia. Así pues, la fuerza de los argumentos depende en gran medida de un contexto tradicional (*ibidem,* p. 705).

III. La lógica como argumentación

Como antes vimos, Perelman distingue entre una retórica general y una retórica aplicada a campos específicos, como el caso del derecho. Al estu-

dio de las técnicas y razonamientos propios de los juristas lo llama, sin embargo, *lógica jurídica*. Pero la lógica jurista no es, para Perelman, una rama de la lógica formal aplicada al derecho, porque los razonamientos jurídicos no pueden reducirse en absoluto a razonamientos lógico-formales (y de ahí sus diferencias con Kalinowski o Klug), sino —como hemos dicho— una rama de la retórica: la argumentación jurídica es, incluso, el paradigma de la argumentación retórica. En definitiva, se trata de nuevo de la distinción entre razonamientos analíticos y dialécticos, que se remonta a Aristóteles:

> El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas... La lógica jurídica, especialmente la judicial... se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad (Perelman, 1979b, pp. 232-233).

Sin embargo, Perelman va más allá de Aristóteles (*cfr.* Alexy, 1978, p. 159), pues mientras que este entiende que la estructura del razonamiento dialéctico es la misma que la del silogismo (la diferencia radicaría exclusivamente en la naturaleza de las premisas; en el caso del razonamiento dialéctico son sólo plausibles), Perelman entiende que el paso de las premisas a la conclusión difiere en la argumentación:

> Mientras que en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión (Perelman, 1979b, p. 11).

Por otro lado, la especificidad del razonamiento jurídico parece consistir en lo siguiente: a diferencia de lo que ocurre en las ciencias (especialmente en las ciencias deductivas) y a semejanza de lo que ocurre en la filosofía y en las ciencias humanas, en la argumentación jurídica resulta difícil lograr un acuerdo entre las partes; es decir, la argumentación tiene el carácter de una controversia. Sin embargo, esta dificultad consigue su-

perarse mediante la imposición de una decisión por la vía de la autoridad, mientras que en la filosofía y en las ciencias humanas, cada una de las partes permanece en sus posiciones. En particular, la autoridad judicial juega, en la concepción de Perelman, un papel central, y de ahí que considere que en el procedimiento judicial es donde "el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia" (*ibidem*, p. 201).

Puesto que la lógica jurídica está ligada a la idea que se tiene del derecho, Perelman traza una evolución histórica tanto del concepto de derecho como de las técnicas del razonamiento jurídico en Roma y en la Edad Media (esforzándose por mostrar cómo el derecho se elabora según un modelo dialéctico o argumentativo), hasta llegar a los teóricos iusracionalistas de los siglos XVII y XVIII, que trataron de construir una jurisprudencia universal fundada en principios racionales siguiendo un modelo de razonamiento deductivo. A este ideal de jurisprudencia universal se opusieron tres tesis: la de Hobbes (el derecho no es expresión de la razón, sino de la voluntad soberana), la de Montesquieu (las leyes son expresión de la razón, pero relativas a un medio social, a una época histórica, etc.) y la de Rousseau (el derecho es producto de la voluntad general de la nación), que confluyeron en la revolución francesa y determinaron la nueva concepción del derecho y del razonamiento jurídico, que surge de allí. En efecto, con la Revolución francesa (y el subsiguiente Código de Napoleón) tienen lugar una serie de cambios fundamentales: el derecho se entiende como el conjunto de leyes que son expresión de la soberanía nacional; aparecen sistemas jurídicos bien elaborados; el papel de los jueces se reduce al mínimo, y se establece la obligación de motivar las sentencias, las cuales pasan a ser también objeto de conocimiento público.

A partir del Código de Napeleón, en el continente europeo se habrían sucedido básicamente —de acuerdo con la exposición de Perelman— tres teorías relativas al razonamiento judicial. La primera de ellas, la de la *escuela de la exégesis*, habría dominado en el pensamiento jurídico continental[10] hasta aproximadamente 1880. Se caracteriza por su concepción del derecho como un sistema deductivo y por la configuración que hace del razonamiento judicial, según la conocida teoría del silogismo. Al juez sólo

10 En su bosquejo histórico, Perelman parece haberse olvidado de la escuela histórica alemana y de la jurisprudencia de conceptos.

le preocupa que su decisión sea conforme a derecho, y no entra a considerar las posibles consecuencias o el carácter razonable o no de la misma.

A la segunda concepción Perelman la denomina *teleológica, funcional y sociológica*, y sus orígenes estarían en la obra de Ihering (el *segundo Ihering*, para ser más exactos). El derecho no se entiende ya como un "sistema más o menos cerrado, que los jueces deben aplicar utilizando métodos deductivos a partir de unos textos convenientemente interpretados. Por el contrario, es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para promover unos determinados valores" (*ibidem*, p. 74). Por tanto, el juez no puede contentarse ya con efectuar una simple deducción silogística, sino que debe remontarse a la *intención* del legislador, pues lo que cuenta, sobre todo, es el fin social que este persigue, y de ahí que el juez se vea obligado a salirse de los esquemas de la lógica formal y a utilizar diversas técnicas *argumentativas* en la indagación de la voluntad del legislador (argumentos *a simili*, *a contrario*, psicológico, teleológico, etc.).

La tercera concepción, que se puede denominar concepción tópica del razonamiento jurídico, predomina, según Perelman, en el razonamiento judicial de los países occidentales después de 1945. Tras la experiencia del régimen nacional-socialista, habría surgido en los países continentales europeos una tendencia a aumentar los poderes de los jueces en la elaboración del derecho, con lo cual se habría operado también una aproximación entre el sistema jurídico continental y el anglosajón y sus correspondientes concepciones del razonamiento jurídico (judicial). La experiencia nazi ha supuesto, para Perelman, la crítica definitiva al positivismo jurídico y a su pretensión de eliminar del derecho toda referencia a la justicia. En definitiva, la nueva concepción del derecho estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del derecho y a los lugares específicos del derecho (los tópicos jurídicos). El razonamiento jurídico no es ya ni "una simple deducción silogística", ni tampoco "la simple búsqueda de una solución equitativa", sino "la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho" (*ibidem*, p. 114). O, dicho de otra forma, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea "no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable" (*ibidem*, p. 178).

IV. UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DE PERELMAN

1. *Una teoría de la razón práctica*

La importancia de la obra de Perelman —como muchas veces se ha escrito— radica esencialmente en su intento de rehabilitar la razón práctica, es decir, de introducir algún tipo de racionalidad en la discusión de cuestiones concernientes a la moral, el derecho, la política, etc., y que venga a significar algo así como una vía intermedia entre la razón teórica (la de las ciencias lógico-experimentales) y la pura y simple irracionalidad. Además, su propuesta se caracteriza no sólo por la amplitud con que concibe la argumentación, sino también porque toma en cuenta los razonamientos prácticos tal y como se proesentan en la realidad.[11] En fin, la importancia concedida al eje pragmático del lenguaje (el objetivo de la argumentación es persuadir), al contexto social y cultural en que se desarrolla la argumentación, al principio de universalidad (la regla de justicia) o a las nociones de acuerdo y de auditorio (sobre todo, de auditorio universal), anticipa elementos esenciales de otras teorías de la argumentación que hoy centran el debate concerniente a la razón práctica. Como ejemplo bastará señalar las analogías entre la noción de auditorio universal y la de comunidad ideal de diálogo habermasiana, aunque este no sea el único punto de coincidencia entre Perelman y Habermas (*cfr.* Alexy, 1978, pp. 156 y ss.).

Todos estos elementos han contribuido, sin duda, a que la obra de Perelman haya tenido una amplísima difusión y en ámbitos muy diversos que van desde la teoría del derecho a la teoría de la comunicación, pasando por la ciencia política, la filosofía moral, etc.[12] Lo que no está claro, sin embargo, es que la *Nueva retórica* haya logrado realmente sentar las bases de una teoría de la argumentación que pueda cumplir las funciones —descriptivas y prescriptivas— que le atribuye Perelman; de hecho, la recepción de su obra ha sido, con cierta frecuencia, una recepción crítica.

11 Cfr. Perelman (1968, p. 185); también Zyskind (1979, p. 31) y Arnold (1986, p. 41). En *La lógica jurídica y la retórica* (Perelman, 1979b), hay también abundante material de razonamientos jurídicos extraídos fundamentalmente de sentencias de jueces franceses y belgas.

12 Cfr. Perelman (1968, p. 185); también Zyskind (1979, p. 31) y Arnold (1986, p. 41). En *La lógica jurídica y la retórica* (Perelman, 1979b), hay también abundante material de razonamientos jurídicos extraídos fundamentalmente de sentencias de jueces franceses y belgas.

Dividiré en tres apartados las objeciones que se le pueden poner —y que se le han puesto—, según que se trate de una crítica conceptual, de una crítica ideológica, o de una crítica relativa a su concepción del derecho y del razonamiento jurídico.

2. *Crítica conceptual*

Podría decirse que el pecado capital de Perelman, desde el punto de vista teórico, es la falta de claridad de prácticamente todos los conceptos centrales de su concepción de la retórica. También es cierto que el propio Perelman ha defendido la tesis de que las nociones confusas no sólo son inevitables, sino que juegan un papel muy importante en la argumentación. Pero ello no le pone a salvo —me parece— de la crítica. En primer lugar, porque la oscuridad conceptual tiene, desde luego, que tener un límite —algo en lo que el propio Perelman está de acuerdo, aunque seguramente no lo haya practicado siempre—, para que el uso no se convierta en abuso. Y, en segundo lugar, porque una cosa es argumentar sobre cuestiones prácticas y otra distinta es escribir una obra teórica sobre la argumentación: en el primer caso se trata —cabe pensar— de persuadir, y para ello puede ser útil manejar nociones confusas; pero en el segundo se trata, por el contrario, de explicar, y una explicación mediante nociones confusas es precisamente eso, una explicación confusa, pero no una buena explicación. Veamos algunos ejemplos de ello.

A. *Sobre la clasificación de los argumentos*

La clasificación de los argumentos que aparece en el *Tratado* dista bastante de ser clara e incluso útil. Por un lado, la distinción entre procedimientos de asociación y de disociación parece artificiosa, pues las dos técnicas se implican recíprocamente (*cfr*. Pieretti, 1969, p. 104). Prueba de esta artificiosidad es que en el *Tratado* se considera que la técnica del distinguo escolástico es un ejemplo de disociación, mientras que en *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Perelman, 1979b, p. 19), se vincula a los argumentos jurídicos *a simili*, *a fortiri* y *a contrario* los cuales, en el *Tratado*, formaban parte de los argumentos cuasilógicos. Ya vimos que Perelman insistía en que la clasificación que él ofrecía de los argumentos era en cierto sentido arbitraria. Pero la arbitrariedad llega hasta el extre-

mo de que, a la hora de clasificar los argumentos, los supuestos de duda son más que los de claridad; entonces lo que no se ve es la utilidad de emprender tal esfuerzo clasificatorio. Por otro lado, con respecto a la clasificación entre argumentos cuasilógicos, argumentos que se basan en la estructura de lo real y argumentos que fundamentan la estructura de lo real, lo que no queda claro es cuál sea el criterio de clasificación utilizado (*cfr*. Pieretti, 1969, pp. 105 y ss), y, especialmente, en qué consiste la distinción entre los dos últimos tipos de argumentos (*cfr*. Alexy, 1978, p. 167). Como consecuencia de todo ello, uno de los grandes esfuerzos emprendidos por Perelman, el del análisis de las diversas técnicas argumentativas, queda, en buena medida, desvalorizado, pues el análisis de la estructura de cada argumentos no puede considerarse satisfactorio cuando no está claro cuál es el marco en que se inserta y, por tanto, cómo se relacionan entre sí las diversas estructuras.

B. *Sobre la fuerza de los argumentos*

La noción de fuerza de un argumento —obviamente central para cualquier teoría de la argumentación— es también susceptible de diversos tipos de crítica. Dejando a un lado el problema de hasta qué punto se trata de una noción descriptiva o prescriptiva, en el *Tratado* (según la reconstrucción que hace Apostel [*cfr*. Apostel, 1979 y también Fisher, 1986, p. 100]), la fuerza de un argumento dependería de diversos factores, como la intensidad de la aceptación por un auditorio, la relevancia del argumento para los propósitos del orador y del auditorio, la posibilidad de ser refutado (es decir, hasta qué punto el auditorio acepta ciertas creencias que permitirían refutar el argumento) y las reacciones de un auditorio considerado jerárquicamente superior (un argumento es más fuerte que otro si un auditorio cree que dicho argumento tendría más fuerza para un auditorio al que considera jerárquicamente superior).

A partir de aquí, Apostel condensa su crítica en cinco puntos, de los cuales los tres primeros se refieren a problemas conceptuales relativos a la definición de fuerza de un argumento, y los dos últimos a los procedimientos inductivos para descubrir dicha fuerza. En síntesis, los puntos serían éstos: 1) a los criterios aludidos por Perelman y Olbrecht-Tyteca habría que añadir al menos otro más concerniente a la estructura del argumento, esto es, a la relación entre las premisas y la conclusión. 2) Se

necesitarían reglas que no se suministran— sobre cómo combinar entre sí los criterios anteriores. 3) Los conceptos utilizados en esos criterios no se definen de una sola manera; por ejemplo, los diferentes miembros de un auditorio no aceptan las diferentes premisas en un grado igual; el grado de aceptación no permanece constante durante todo el tiempo en que se desarrolla el argumento; el orador y el auditorio persiguen diferentes propósitos, etc. 4) Para descubrir cuál es el grado de aceptación de un argumento, su relevancia, etc., tendríamos que descubrir previamente cuál es la fuerza del discurso en cuyo contexto se desarrolla el argumento; ahora bien, esto último es algo considerablemente complejo de fijar, pues la fuerza del discurso está en función de un determinado orador, tiempo y contexto. 5) Aunque fuera posible resolver el problema anterior, nos encontraríamos con la dificultad de pasar de la fuerza de un discurso a la fuerza de un argumento: un argumentos se usa en cierto lugar del discurso, va acompañado de otros argumentos que interaccionan con él, etc. En definitiva, no parece que la *Nueva Retórica* suministre criterios operativos para distinguir los argumentos fuertes de los débiles, si a la noción de fuerza de un argumento se le atribuye un significado empírico.

C. *El auditorio universal*

Sin embargo, a pesar de lo anterior, podría pensarse que en Perelman sí que existe un modo de distinguir los buenos de los malos argumentos cuando esta noción se interpreta en un sentido más bien normativo que empírico. Un buen argumento —un argumento fuerte— es el que valdría frente al auditorio universal. Esta noción, como ya se ha dicho, desempeña un papel central en la construcción perelmaniana, pero hay algunas razones para dudar de su solidez. Con bastante frecuencia se ha señalado que el concepto de auditorio universal de Perelman es ambiguo, pero la ambigüedad no se ha visto siempre de la misma manera.

Aarnio, por ejemplo (1987, p. 221), cifra la ambigüedad en que el auditorio universal tiene, por un lado, un carácter ideal (el auditorio universal sería "la humanidad ilustrada"), pero, al mismo tiempo, está históricamente y culturalmente determinado, es decir, depende de hechos contingentes. Desde luego, es cierto que una teoría realista de la argumentación tiene que dar cuenta tanto del postulado de la racionalidad como de la relatividad histórica y social de la argumentación (*cfr*. New-

mann, 1986, p. 69), pero ello no se consigue simplemente construyendo conceptos en los que ambas dimensiones aparecen sin ningún tipo de articulación o, al menos, sin ninguna articulación convincente.

Alexy, por su lado, parece aceptar el carácter ideal de la noción, pero entiende que en Perelman se encuentran dos sentidos distintos de auditorio universal. Por un lado, el auditorio universal sería una construcción del orador (de ahí su carácter *ideal*), que, por tanto, depende de las ideas de individuos particulares y de diversas culturas. Pero, en ese caso, un auditorio sólo es un auditorio universal par quien lo reconoce como tal, con lo que el papel normativo de la noción resulta seriamente limitado (*cfr*. Alexy, 1978a, p. 162). Por otro lado, en Perelman hay otra noción de auditorio universal que se inspira en el imperativo categórico de Kant[13] y que se formula así: *Debes comportarse como si fueras un juez cuya ratio decidendi deba proporcionar un principio válido para todos los hombres.* El acuerdo del auditorio universal es el acuerdo *de todos los seres racionales* o simplemente *de todos*. Alexy entiende que, a partir de aquí, el auditorio universal puede determinarse como "la totalidad de los hombres en el estado en que se encontrarían si hubieran desarrollado sus capacidades argumentativas" y que tal estado se corresponde con la habermasiana situación ideal de diálogo (Alexy, 1978a, p. 163; *cfr*. *infra*, capítulo sexto, apartado I.1). Alexy no excluye el que ambas determinaciones sean compatibles, pero, en ese caso, duda de que un concepto tan ampliamente formulado pueda servir como medida para valorar los argumentos.

En fin, Gianformaggio ve la ambigüedad de la noción desde otra vertiente. También para ella el concepto es, efectivamente, susceptible de dos interpretaciones diferentes. La primera implica la idea de que argumenta frente a un auditorio universal quien argumenta con seriedad y de buena fe y está convencido de las conclusiones que sostiene y de los procedimientos que utiliza; así interpretada, la noción no sería problemática, pero resultaría más bien banal, y, desde luego, el interés que se ha puesto en la misma no estaría justificado. Según la segunda interpretación, argumenta frente al auditorio universal quien no argumenta *ad hominem,* es

13 Alexy cita a este respecto la obra de Perelman, *Fúnf Vorlesungen über Gerechtigkeit* (Perelman, 1967a). Por otro lado, es interesante tener en cuenta (*cfr*. Golden, 1986, p. 287 y Perelman, 1986, p. 14) que, para la formulación de este concepto, Perelman parece haberse inspirado en Santo Tomás, Aristóteles y Kant. Quizás esta diversidad de las fuentes explique, en parte, la ambigüedad que puede encontrarse en la noción.

decir, quien no sólo está convencido de la corrección y de la lealtad del procedimiento que usa, sino que está también convencido de la evidencia en el *Tratado*; si se asumen conscientemente juicios de valor como premisas de la argumentación, entonces sería lógicamente imposible dirigirse al auditorio universal, pues los juicios de valor únicamente valen frente a auditorios particulares (*cfr*. Gianformaggio, 1973, pp. 218-219).[14]

Como conclusión quizás pudiera decirse que el auditorio universal perelmiano es, más que un concepto cuidadosamente elaborado, simplemente una intuición feliz.

3. *Crítica ideológica*

Pero si el pecado capital de Perelman, desde el punto de vista teórico, es la falta de claridad conceptual, desde el punto de vista práctico lo es el conservadurismo, ideológico. Este conservadurismo, por otro lado, tiene bastante que ver con la oscuridad de las nociones que configuran el aspecto normativo de la teoría, esto es, las que configuran los criterios de la buena argumentación, como es el caso de los conceptos de pluralismo, razonabilidad e imparcialidad que, en último término, se remiten a los de regla de justicia y auditorio universal.

La filosofía de Perelman es, expresamente, una filosofía del pluralismo. Y esta confusa noción (*cfr*. Perelman, 1979a, p. 5)[15] parece significar lo siguiente. El pluralismo parte de que la vida social consiste tanto en esfuerzos de colaboración como en conflictos entre individuos y grupos. Estos conflictos son inevitables y recurrentes y, por tanto, lo único que cabe es canalizarlos a través de instituciones que respeten en la mayor medida posible a los individuos y los grupos y eviten, por tanto, el uso de la violencia. El pluralismo "renuncia a un orden perfecto elaborado en función de un solo criterio, pues admite la existencia de un pluralismo de valores incompatibles. De ahí la necesidad de compromisos razonables, resultantes de un diálogo permanente, de una confrontación de puntos de vista opuestos" (Perelman, 1979a, p. 11). Los legisladores, los tribunales y la jurisprudencia de un Estado pluralista (la forma de Estado que Perel-

14 Sin embargo, en un trabajo posterior al *Tratado* (Perelman, 1977a), Perelman parece considerar que las cuestiones que se refieren a lo preferible también pueden discutirse ante el auditorio universal (*cfr*. Alexy, 1978a, p. 165).

15 Perelman se inspira expesamente en su maestro Eugène Depréel.

man considera justificada) son las instituciones encargadas de establecer y mantener un equilibrio entre pretensiones contrapuestas pero legítimas. Ello significa que habrán de tomar decisiones razonables; no soluciones perfectas, únicas y definitivas, sino soluciones aceptables, modificables y perceptibles (*cfr*. *ibidem*, p. 17).

Añadir aquí que la noción de *razonabilidad* es también una noción confusa resulta seguramente innecesario. En cualquier caso, con esta idea[16] Perelman pretende abrir una vía intermedia entre lo racional (es decir, las razones necesarias, constringentes) y lo irracional (lo arbitrario), entre una concepción unilateralmente racionalista y una concepción unilateralmente voluntarista del derecho (*cfr*. Bobbio, 1986, p. 166). En relación con el discurso jurídico, lo razonable marca incluso los límites de lo jurídico "lo que es irrazonable no es de Derecho" [Perelman, 1984, p. 19]) y, en cuanto idea regulativa, tiene un valor superior incluso a la noción de justicia o equidad:

> El límite así trazado me parece que define mejor el funcionamiento de las instituciones jurídicas que la idea de justicia o de equidad, ligada a una cierta igualdad o a una cierta proporcionalidad pues, como hemos visto con diversos ejemplos, lo irrazonable puede resultar del ridículo o de lo inapropiado, y no solamente de lo inocuo o de lo inequitativo (*ibidem*, p. 19).

Dejando a un lado la cuestión de si Perelman usa o no la noción con el sentido habitual entre los juristas, y la de si existe una dialéctica —como sugiere Perelman—, o bien un paralelismo entre lo racional y lo razonable en el derecho (*cfr*. Laughin, 1986), lo cierto es que Perelman parece usar este concepto con cierta ambigüedad. Qué sea lo razonable se define, como no podría ser de otra forma, en función de un auditorio, pero ese auditorio —por ejemplo, en el caso del derecho— no es tanto el auditorio universal (entendido como los miembros esclarecidos de la sociedad), como un auditorio particular configurado por los expertos en derecho, los tribunales superiores o el legislador:

> El juez [...] deberá juzgar no inspirándose en su visión subjetiva, sino tratando de reflejar la visión común tanto de los miembros esclarecidos de la sociedad en la que vive, como las opiniones y tradiciones dominantes en su medio profesional. En efecto, el juez [...] debe esforzarse por tratar de efec-

16 Sobre la razonabilidad en el derecho, *cfr*. Atienza (1989a).

> tuar juicios que sean aceptados tanto por los tribunales superiores, la opinión pública esclarecida, como —cuando se trata de decisiones de la Corte de Casación— por el legislador, que no dejará de reaccionar si las decisiones de la Corte Suprema le parecen inaceptables (Perelman, 1979a, p. 12).

El problema, naturalmente, consiste en si el equilibrio entre opiniones contrapuestas que se asocia con la noción de razonabilidad se puede lograr siempre. Desde luego, hay bastantes razones para ponerlo en duda. Los casos difíciles, por definición, son aquellos respecto de los cuales la opinión pública —esclarecida o no— está dividida de tal manera que no es posible tomar una decisión que pueda satisfacer a unos y otros. Sirva como ejemplo la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en el famoso caso Roe contra Wade, de 1973), la cual reconocía el derecho al aborto, que se apoyaría en el derecho fundamental a la *privacy*. El caso no sólo dividió en dos partes casi iguales a los miembros del tribunal, sino también a los juristas profesionales y a la sociedad en general.[17] ¿Cuál sería, en un caso como este, la decisión razonable?

Según Perelman, el concepto de decisión razonable varía no sólo histórica y socialmente (es decir, lo que es razonable en una determinada sociedad y en un cierto momento puede dejar de serlo en otro medio o en otra época), sino que, además, en un mismo momento histórico y medio social puede haber una pluralidad de decisiones posibles, de decisiones razonables (*cfr*. Haerscher, 1986, p. 225; Wroblewski, 1986, p. 184; Alexy, 1978, p. 170). Pero entonces, ¿qué decisión tomar? ¿Estarían todas ellas —la penalización y la despenalización del aborto— igualmente justificadas?

Me parece que la única respuesta que podría dar aquí Perelman tendría que ser como la siguiente. Su punto de partida sería, desde luego, reconocer que hay ocasiones en que puede resultar aceptable más de una decisión; Perelman se alinea, desde luego, del lado de quienes piensan que no hay una única respuesta correcta para cada caso. El decisor, por otro lado, debe comportarse de manera *imparcial* (la imparcialidad no se aplica sólo como criterio para la resolución de las cuestiones jurídicas, sino de las

17 La American Bar Association (asociación de Colegios de Abogados), adoptó en un momento una postura favorable a la despenalización del aborto, pero luego la cambió por una actitud de *neutralidad*. Cuando, a finales de 1990, hubo que nombrar un nuevo miembro del tribunal, el debate fundamental que se planteó en torno al candidato *nominado* por el presidente Bush, el juez Souter , fue sobre la cuestión de si este último sería o no partidario de mantener la doctrina establecida en el caso Roe contra Wade.

cuestiones prácticas en general), y debe respetar la regla de justicia (o sea, no debe tratar de manera desigual casos semejantes) y el principio de inercia (sólo hay que justificar el cambio, y siempre y sólo sobre la base de valores precedentemente admitidos (*cfr*. Gianformaggio, 1973, p. 226; Perelman, 1969a). Ahora bien, estos criterios no sólo son claramente insuficientes, sino, que además, tienen un sabor ideológico inequívocamente conservador. Ser imparcial, por ejemplo, exigiría necesariamente aceptar las reglas, el orden establecido.

> Quien rechaza la imparcialidad —concluye Gianformaggio— es decir, quien quiere cambiar las reglas, quien no está contento con la universalidad de las reglas en una cierta estructura de relaciones, sino que pone en cuestión la estructura misma, éste *por definición* no argumenta, éste se deja llevar por los intereses y las pasiones y utiliza la violencia. Y entonces '¿por qué indignarse por el hecho de que los defensores del orden establecido opongan la fuerza a la fuerza?'.[18] Perelman sólo puede ratificar el cambio a posteriori. No puede *en philosophe* tomar una posición más que por el orden establecido, antes de que un nuevo orden, distinto, haya sustituido a aquél. Esta posición deriva necesariamente de su concepción de la filosofía (Gianformaggio, 1973, p. 226).[19]

La consecuencia de todo ello podría ser esta: cuando se trata de tomar decisiones frente a casos difíciles (sean o no jurídicos), Perelman no puede proporcionar criterios adecuados puesto que, en el fondo, carece de una noción consistente de lo que sea decisión racional —o razonable—; pero, por otro lado, en la medida en que suministra algún criterio, el mismo tiene una connotación inequívocamente conservadora.

4. *Crítica de la concepción del derecho y del razonamiento jurídico*

A. *El concepto de positivismo jurídico*

La primera afecta a la concepción del derecho y del razonamiento jurídico que Perelman considera predominante en el razonamiento judicial de los países occidentales después de 1945 y que —como hemos visto— se

18 La cita pertenece a Perelman (1969a).

19 Algún autor, sin embargo (*cfr*. Maneli, 1979, p. 236), entiende que la retórica de Perelman es contraria a todo tipo de conservadurismo: tanto al conservadurismo del *status quo* real como al conservadurismo de las necesidades e ideales alegados.

caracterizaría por el rechazo del positivismo jurídico y la adopción de un modelo tópico de razonamiento jurídico.

Ahora bien, la noción de positivismo jurídico que maneja Perelman es, además de poco clara (*cfr*. Atienza, 1979, nota 9, p. 144), sencillamente insostenible. Una concepción positivista del derecho, según Perelman, se caracteriza porque: 1) elimina del derecho toda referencia a la justicia; 2) entiende que el derecho es la expresión arbitraria de la voluntad del soberano, y así enfatiza el elemento de la coacción y olvida el hecho de que "para funcionar eficazmente el derecho debe ser aceptado, y no sólo impuesto por medio de la coacción" (Perelman, 1979b, p. 231); y 3) atribuye al juez un papel muy limitado, ya que no tiene en cuenta ni los principios generales del derecho ni los tópicos jurídicos, sino el texto escrito de la ley (o, en todo caso, la *intención del legislador*).

Pero estas características, que quizás puedan ser ciertas referidas a un cierto iuspositivismo del XIX, son manifiestamente falsas referidas al positivismo jurídico actual. Si tomamos a Hart como prototipo de positivista jurídico (y, de hecho, la crítica más conocida contra el positivismo jurídico de los últimos tiempos —la de Dworkin (1977)— toma a Hart como objetivo central) es muy fácil mostrar que ninguna de las tres características se le aplican. 1) Hart, por un lado, no pretende excluir del derecho toda referencia a la justicia, sino simplemente sostener que es posible —y que se debe— separar conceptualmente el derecho y la moral, lo que es y lo que debe ser derecho (*cfr*. Hart, 1962). 2) Por otro lado, su insistencia en la "aceptación interna de las normas" como un elemento esencial para comprender y explicar el derecho (Hart, 1963) pone bien de manifiesto que, para él, el derecho no se puede reducir a la coacción. 3) Y, finalmente, el propio Hart (y Dworkin, que hace de ello uno de los centros de su crítica) considera como característica del positivismo jurídico la "tesis de la discrecionalidad judicial", es decir, la tesis de que en los casos dudosos o no previstos que aparecen en todo derecho, el juez crea derecho, aunque al mismo tiempo está sometido a una serie de cortapisas jurídicas que limitan su elección. Es más, a partir del positivismo jurídico de Hart (que es el positivismo "de hoy") no habría en principio ningún inconveniente para que el juez usara de los principios generales del derecho y de los tópicos jurídicos; bastaría con que lo admitiera la regla de reconocimiento del sistema en cuestión.[20]

20 Este argumento lo emplea el propio Hart en relación con los principios del derecho (principios implícitos de carácter moral o político) postulados por Dworkin. La diferencia entre estos dos autores

Como alternativa al positivismo jurídico, Perelman —siguiendo a Foriers (*cfr*. Bobbio, 1986, p. 171)— propone la idea de un "Derecho natural positivo", según la cual, para integrar, corregir o colmar las reglas establecidas autoritativamente (sea por la autoridad del legislador o por la de la costumbre), se invocan y aplican principios no contenidos en el conjunto de normas jurídicas de un ordenamiento positivo. Ahora bien, por un lado, aunque los corolarios y presupuestos filosóficos de la lógica de la argumentación de Perelman parezcan ser iusnaturalistas (*cfr*. Gianformaggio, 1973, p. 162), su concepción del "Derecho natural positivo" no implicaría —según Bobbio— una contradicción del positivismo jurídico entendido, por ejemplo, a la manera de Kelsen. Por otro lado —y esto es más importante—, Bobbio opina que la teoría del derecho natural positivo plantea más problemas de los que trata de resolver, al menos por dos motivos:

> ...no se entiende bien cuál sea la necesidad de llamar Derecho natural a principios de conducta que son manifestaciones corrientes de la moral social; y no se entiende qué necesidad haya de corregir al positivismo jurídico por el solo hecho de reconocer la validez de reglas no escritas, un reconocimiento que ninguna teoría del derecho positivo ha contestado nunca (Bobbio, 1986, p. 172).

B. *La concepción tópica del razonamiento jurídico*

Por lo que se refiere a la adhesión de Perelman al modelo tópico de razonamiento jurídico, a las críticas que vimos a propósito de la concepción de Viehweg podría ahora añadirse esta: dado el proceso de formación —necesariamente lento— de los tópicos y su caracterización como opiniones compartidas, hay buenas razones para pensar que estos juegan un papel comparativamente mayor en las ramas jurídicas más tradicionales y/o aquellas en que el ritmo de cambio es relativamente lento (es sintomático que la mayor parte de los partidarios de la tópica se encuentren entre los civilistas), que en los sectores de formación más reciente o en los que el derecho debe adaptarse a un ritmo de cambio social muy inten-

estribaría en que, para Hart, tales principios no son relevantes *propio vigore*, sino sólo de manera contingente, según lo autorice o no la regla de reconocimiento del sistema (*cfr*. sobre esto Atienza, 1979, nota 18; MacCormick, 1981).

so. Dicho de otra manera, el uso de los tópicos en el derecho moderno tiene que ser limitado, a no ser que con su utilización se pretenda, sencillamente, la conservación y consolidación de cierto *statu quo* social e ideológico (*cfr*. Santos, 1980, p. 96).

C. *Derecho y retórica*

Finalmente, el hecho de que Perelman sitúe el centro de gravedad del discurso jurídico en el discurso judicial y, en particular, en el discurso de los jueces de instancias superiores, supone adoptar una perspectiva que distorsiona el fenómeno del derecho moderno (si se quiere, del derecho de los Estados pluralistas, es decir, de los Estados capitalistas democráticos), en cuanto que atribuye al elemento retórico —al aspecto argumentativo— un mayor peso del que realmente tiene. Boaventura de Sousa Santos tiene razón al sostener que el factor tópico-retórico no constituye una esencia fija, ni caracteriza en exclusiva el discurso jurídico. El espacio retórico existe entre otros espacios: el espacio sistémico (digamos, el discurso burocrático) y en el espacio de la violencia (*cfr*. Santos, 1980, p. 84). Además, en comparación con otros tipos de derecho (Santos estudia el de un poblado de favelas en Río de Janeiro: el derecho de Pasárgarda), el derecho del Estado moderno se caracteriza porque tiende a presentar un nivel más elevado de institucionalización de la función jurídica y más poderosos instrumentos de coacción, con lo que el discurso jurídico ocupa, en definitiva, un espacio retórico más reducido (*cfr*. *ibidem*, p. 58). Es cierto, por otro lado, que los recientes movimientos en favor de la informalización de la justicia implican un eventual incremento de la retórica jurídica, pero ello puede ser la contrapartida de un incremento de burocracia y violencia en otras áreas más centrales del sistema jurídico (*cfr*. *ibidem*, p. 91).

D. *La retórica general y la retórica jurídica*

Algo que no está bien resuelto en la obra de Perelman es la relación entre el plano de la retórica general y el de la retórica o lógica jurídica. Por un lado, no está nada claro que el criterio del auditorio universal se aplique también al discurso jurídico, bien se trate del discurso del juez o del legislador. En ocasiones, Perelman parece dar a entender que el juez y

el legislador (a diferencia del filósofo) deben orientar sus decisiones de acuerdo con los deseos y convicciones de la comunidad que les ha instituido o elegido (*cfr*. Alexy, 1978a, p. 161, nota 523, y Perelman, 1967a). En los últimos escritos, sin embargo, parece haberse inclinado a pensar que el auditorio universal se aplica también al discurso no filosófico (*cfr*. Golden, 1986, p. 297). Por otro lado, no está tampoco claro de qué manera se aplica —y si se aplica— al campo del razonamiento jurídico de su clasificación de los argumentos en técnicas de enlace y de disociación, etc. En particular, en *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Perelman parece aceptar —al menos en parte— la clasificación que hace Tarello (*cfr*. Perelman, 1979b, pp. 77 y ss.) de los argumentos jurídicos, y que no parece tener mucho que ver con la que se propone en el *Tratado*. El autor italiano, en efecto, distingue trece tipos de argumentos: *a contrario, a similí* o analógico, *a fortiori, a completudine, a coherentia,* psicológico, histórico, apogógico, teleológico, económico, *ab exemplo*, sistemático y naturalista (*cfr*. *ibidem*, pp. 77 y ss.).

Finalmente —y como ya se ha indicado antes— Perelman repite con cierta frecuencia que el razonamiento jurídico tiene en su obra un valor paradigmático. ¿Pero qué significa realmente esto? Perelman no ha sido, desde luego, el único autor del siglo XX que ha tomado al razonamiento jurídico como modelo de la lógica o del método racional. Tres ejemplos notables de esta actitud son los casos de Dewey, Polanyi y, sobre todo, de Toulmin, cuya concepción se estudiará en el próximo capítulo. De acuerdo con Gianformaggio (1973, p. 175 y ss.), la diferencia estriba en que mientras estos tres autores utilizan el razonamiento jurídico como un modelo para contraponer a la concepción neopositivista de la razón (esto es, el razonamiento jurídico —o algún aspecto del mismo— sirve como modelo para el razonamiento en general), en Perelman, el razonamiento jurídico es el modelo de un tipo particular de razonamiento, al que al principio denomina razonamiento *argumentativo* y luego razonamiento *práctico*. Pero el problema consiste en que la distinción entre razonamiento teórico y razonamiento práctico (que en Perelman aparece con posterioridad al *Tratado*) no coincide del todo —siempre según Gianformaggio— con la distinción entre demostración y argumentación. Esta última distinción —como el lector recordará— se refería al tipo de prueba o a los modelos de análisis del discurso, pero no era una distinción centrada en el objeto. Ningún discurso es en sí mismo, considerado abstractamente, demostrativo o argumentativo; basta con añadir una premisa para con-

vertir una argumentación en una demostración. Sin embargo, la distinción que traza Perelman entre razonamiento práctico y razonamiento teórico sí que tiene por objeto al discurso: el razonamiento práctico es el razonamiento del jurista, del moralista, del político...; y el razonamiento teórico es el razonamiento del científico. Pero, si esto es así, ello quiere decir que Perelman acaba por sostener un dualismo entre razón dialéctica (razonamiento práctico) y razón científica (razonamiento teórico), que no armoniza con su idea de que en la ciencia del derecho no se puede separar netamente valoración y conocimiento, y de que tampoco se pueden separar los juicios de valor de los juicios de hecho en la aplicación del derecho (*cfr*. Gianformaggio, 1973, pp. 186-193).

E. *Deducción y argumentación*

Una última crítica que se puede dirigir a Perelman tiene que ver precisamente con la distinción entre el razonamiento científico —deductivo o inductivo—, por un lado, y el razonamiento dialéctico, argumentativo o práctico, por el otro. Como hemos visto Perelman entiende la lógica jurídica como una argumentación, no como lógica formal o deductiva. Además, sostiene que la distinción entre ambas lógicas no se refiere sólo a la naturaleza de las premisas, sino también al paso de las premisas a la conclusión. Pero aquí el discurso de Perelman es algo más que equívoco. Por un lado, si hubiera tenido en cuenta la distinción usual entre justificación interna y justificación externa que se expuso en el capítulo primero (*cfr*. Wroblewski, 1979, pp. 277-293), hubiera podido fijar claramente el papel de la lógica formal o deductiva en el razonamiento jurídico sin necesidad de contraponer innecesaria y confusamente la concepción deductivista o formalista del razonamiento jurídico a la concepción argumentativa o retórica. Y por otro lado —y esto es realmente más grave—, la pretensión de Perelman de que el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de manera distinta en una argumentación y en una deducción, porque en el primer caso el paso de un argumento a una decisión no puede tener carácter necesario, se basa —me parece— en un error. El error consiste en no darse cuenta de que la lógica —deductiva o no— se mueve en el terreno de las proposiciones y no en el de los hechos; o, en otras palabras, en no haber tenido en cuenta la distinción (que también se introdujo en el capítulo primero) entre la conclusión de una inferencia y determinados esta-

dos de cosas, decisiones, etc., que están vinculados con ella, pero no ya de manera lógica. En el caso del silogismo práctico —en concreto, del silogismos judicial—, una cosa es la conclusión de dicho silogismo (que consiste en una norma individual que establece, por ejemplo, que el juez debe condenar a X a la pena Y) y otra es la decisión práctica que, naturalmente, no se sigue necesariamente —deductivamente— de aquella conclusión (la decisión del juez que condena a X a la pena Y).

5. *Conclusión*

La conclusión general que se podría extraer de todas las críticas anteriores podría muy bien ser esta. Por un lado, Perelman no ofrece ningún esquema que permita un análisis adecuado de los argumentos jurídicos —de los diversos tipos de argumentos jurídicos— ni del proceso de la argumentación, aunque, desde luego, en su obra aparecen sugerencias de indudable interés. El modelo analítico de Toulmin —que se presentará en el próximo capítulo— me parece preferible a este respecto.[21] Perelman considera que Toulmin, en su libro de 1958, *The Uses of Argument*, ignora completamente el papel del auditorio y el del razonamiento sobre valores, que es el centro del pensamiento jurídico (*cfr*. Fisher, 1986, p. 87, y Perelman, 1984a), pero al menos no me parece que lo primero sea en absoluto cierto: el *tribunal de la razón* de Toulmin tiene —como el lector podrá comprobar en seguida— bastante que ver con el auditorio universal de Perelman (*cfr*. Dearin, 1986, p. 183, nota 80).

Por otro lado, la concepción del derecho y de la sociedad que maneja Perelman es de cuño netamente conservador,[22] y su teoría de la argumentación parece diseñada para satisfacer las necesidades de quien se aproxima al derecho y a la sociedad desde esta perspectiva, pero no para el que parte de una concepción crítica o conflictualista de estos fenómenos. Si se acepta la tesis de que la sociedad genera, en ocasiones, conflictos que plantean intereses irreconciliables y que las instancias jurídicas no pueden resolver simplemente con un criterio de imparcialidad, sin plantearse

21 *Cfr*., sin embargo, Arnold (1986, p. 51, nota 20 y p. 42), quien afirma —en mi opinión, sin razón— que Perelman hace descriptible las estructuras de pensamiento que realmente utilizamos al persuadir.

22 *Cfr*. Atienza (1979), en donde se muestran algunas conexiones entre las concepciones de Perelman y de Luhmann.

la modificación del propio orden jurídico, entonces probablemente haya que pensar también que, en relación con los mismos, la retórica —al menos, como la entiende Perelman— cumple ante todo una función ideológica de justificación del derecho positivo: precisamente presentando como imparciales y aceptables decisiones que, en realidad, no lo son.

CAPÍTULO CUARTO

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE TOULMIN 81

I. Una nueva concepción de la lógica 81

II. Una concepción no formal de la argumentación 83

1. Introducción. ¿Qué significa argumentar? 83
2. El modelo simple de análisis de los argumentos 84
3. El modelo general. La fuerza de los argumentos 87
4. Tipos de argumentos 89
5. Tipos de falacias 93
6. La argumentación jurídica 95

III. Valoración crítica de la concepción de Toulmin 97

1. ¿Una superación de la lógica? 98
2. La contribución de Toulmin a una teoría de la argumentación 102

CAPÍTULO CUARTO

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE TOULMIN

I. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA LÓGICA

Las ideas de Toulmin a las que me voy a referir en este capítulo constituyen —como las de Viehweg y las de Perelman— un intento de dar cuenta de la argumentación a partir de un modelo que no es ya el de la lógica deductiva. Pero Toulmin no busca su inspiración en una recuperación de la tradición tópica o retórica. Parte de la idea de que la lógica es algo que tiene que ver con la manera como los hombres piensan, argumentan e infieren de hecho y constata, al mismo tiempo, que la ciencia de la lógica se presenta —y se ha presentado históricamente desde Aristóteles— como una disciplina *autónoma* y despreocupada de la práctica. Toulmin no pretende decir simplemente que el modelo de la lógica formal deductiva no puede trasladarse al campo de lo que suele llamarse la *razón práctica*, sino que la lógica —tal y como habitualmente se entiende— no permite dar cuenta tampoco de la mayor parte de los argumentos que se efectúan en cualquier otro ámbito, incluido el de la ciencia. En realidad, el único campo para el que sería adecuada la concepción de la argumentación que maneja la lógica es el de la matemática pura.

A Toulmin se le deben importantes contribuciones en diversos campos de la filosofía, como el de la teoría ética (*cfr.* Toulmin, 1979, y Jonsen y Toulmin, 1988), el de la filosofía de la ciencia (Toulmin, 1972) y el de la lógica; este último es, sin embargo, el único que aquí nos interesa. Sus ideas fundamentales al respecto están expuestas en un libro de 1958, *The Uses of Argument* (Toulmin, 1958) que, en buena medida, recogía artículos publicados por él en los años inmediatamente anteriores. En términos generales, puede decirse que su filosofía se sitúa básicamente en las perspectivas abiertas por el "segundo Wittgenstein" (*cfr.* Janik Toulmin, 1973) de crítica al formalismo y primacía del lenguaje natural; y, en particular, su teoría de la argumentación debe mucho —según expresión del

propio Toulmin— a J. Wisdom y G. Ryle, dos filósofos que se encuadran precisamente en esta tipo de dirección analítica.

La intención de Toulmin —como él mismo indica (1958a, prefacio)— es "radical", y consiste en oponerse a una tradición que arranca de Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría. Toulmin, por el contrario, se propone desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica; no le interesa una "lógica idealizada", sino una lógica operativa o aplicada (*working logic*); y para efectuar esa operación elige como modelo, no la geometría, sino la jurisprudencia:

> La lógica (podemos decir) es jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos, y las pretensiones que hacemos y a favor de las que argumentamos en contextos extrajurídicos, con pretensiones hechas ante los tribunales, mientras que las razones que presentamos para justificar cada tipo de pretensión pueden ser comparadas entre sí. Una tarea fundamental de la jurisprudencia es caracterizar lo esencial del proceso jurídico: los procedimientos mediante los cuales se proponen, se cuestionan y se determinan las pretensiones jurídicas y las categorías en cuyos términos se hace esto. Nuestra investigación es paralela: intentaremos, de modo similar, caracterizar lo que puede llamarse *el proceso racional*, los procedimientos y categorías mediante cuyo uso puede argumentarse a favor de algo y establecerse pretensiones en general (Toulmin, 1958, p. 7).[1]

El paralelismo entre lógica y jurisprudencia permite situar en el centro la función crítica de la razón (*cfr. ibidem,*, p. 8). Un buen argumento, un argumento bien fundado, es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable. Cabría incluso decir que "nuestras pretensiones extrajurídicas tienen que ser justificadas no ante sus majestades los jueces, sino ante el tribunal de la razón" (p. 8). La corrección de un argumento no es, pues, una cuestión formal, es decir, algo que dependa exclusivamente de la forma de las premisas y de la conclusión (dadas unas proposiciones de cierta forma, de ahí puede inferirse otra de determinada forma), sino que es una cuestión procedimental en el sentido de algo que tiene que juzgarse de acuerdo con criterios (substantivos e históricamente variables) apropiados para cada campo de que se trate.

1 Un resumen de esta obra de Toulmin puede verse en Santos Camacho (1975, tercera parte).

Es curioso constatar que, a pesar de la singular importancia que Toulmin atribuye a la argumentación jurídica, su obra no ha tenido demasiada repercusión en la teoría del derecho, por lo menos hasta fechas recientes.

II. UNA CONCEPCIÓN NO FORMAL DE LA ARGUMENTACIÓN

1. *Introducción. ¿Qué significa argumentar?*

El punto de partida de Toulmin[2] es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos. Aunque exista una gran variedad de usos del lenguaje, es posible distinguir entre un uso instrumental y un uso argumentativo. El primero tiene lugar cuando las emisiones lingüísticas consiguen directamente sus propósitos sin necesidad de dar *razones* adicionales; por ejemplo cuando se da una orden, se pide algo, etc. El uso argumentativo, por el contrario, supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según que puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas. Dicho uso tiene lugar, por ejemplo, cuando se plantea una pretensión jurídica (por ejemplo: *X tiene derecho a recibir la herencia*), se comenta una ejecución musical, se apoya a un candidato para un empleo, etc. Las situaciones y problemas con respecto a los cuales se argumenta pueden ser muy distintos y, en consecuencia, el razonamiento cambia en relación con las situaciones. Sin embargo, es posible plantear algunas cuestiones que son comunes: una de estas cuestiones es la de cuál es la estructura de los argumentos, esto es, de qué elementos se componen los argumentos, qué funciones cumplen dichos elementos y cómo se relacionan entre sí; otra es la de la fuerza de los argumentos, esto es, la cuestión de con qué intensidad y bajo qué circunstancias el material presentado en la argumentación suministra un apoyo en relación con la pretensión que se esgrime en la argumentación.

Antes de entrar en el análisis de estas dos cuestiones conviene, sin embargo, precisar el alcance de los términos básicos que se utilizarán. Así, el término *argumentación* se usa para referirse "a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones,

2 Para exponer las ideas centrales de Toulmin sobre la argumentación utilizará fundamentalmente una obra posterior a *The Uses of Argument* y escrita en colaboración con otros dos autores, *An Introduction to Reasoning* (Toulmin-Rieke-Janik, 1984). A diferencia del anterior, este último trabajo tiene un carácter eminentemente didáctico, pero ambos vienen a coincidir en lo esencial.

criticando esas razones, refutando esas críticas, etc." (Toulmin-Rieke-Janik, 1984, p. 14). El término *razonamiento* se usa, con un sentido más restringido que el anterior, para referirse a "la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión" (*ibidem*). Por lo que se refiere a *argumento*, se diferencian dos sentidos del término. En un primer sentido, un argumento es un tramo de razonamiento (*a train of reasoning)*, esto es, "la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que argumenta un determinado hablante" (*ibidem*). En el segundo sentido, los argumentos o, mejor, las disputas argumentativas (en inglés *argument*, en una de sus acepciones, significa debate, discusión) son algo en que la gente se ve envuelta, esto es, son "interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento" (*ibidem,* p. 15). Lo que le interesa a Toulmin principalmente son los argumentos en este segundo sentido. Finalmente, quien participa en un argumento manifiesta su *racionalidad* o su falta de racionalidad según que se muestre abierto al argumento (*open to argument*), esto es, reconoce la fuerza de las razones o trata de replicar a ellas, etc., o sordo al argumento (*deaf to argument*), esto es, ignora las razones contrarias, o replica a ellas con aserciones dogmáticas.

2. *El modelo simple de análisis de los argumentos*

En un argumento pueden distinguirse siempre cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. El primero de ellos, la *pretensión (claim)*, significa tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación. Como ejemplos de pretensiones pueden servir estas: *Esta nueva versión de King Kong tiene más sentido psicológico que la original. La epidemia fue causada por una infección bacteriana transmitida de una sala a otra por el utillaje del servicio de alimentación. La mejor medida provisional para la compañía es invertir este dinero en bonos municipales a corto plazo. X tiene derecho a recibir la herencia*.

Al comienzo de la argumentación, pues, alguien (llamémosle proponente) plantea un problema frente a otro u otros (oponente).[3] En caso de

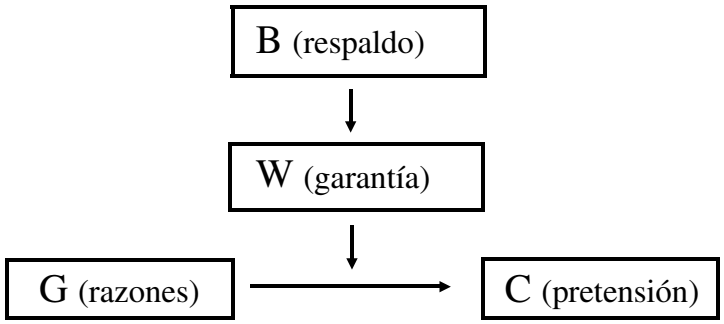
3 Toulmin habla de *assertor o claimt* (A) y *audience* o *interrogator* (I) (*cfr*. Toulmin-Rieke-Janik, 1984, p. 29).

que el oponente cuestione de alguna forma la pretensión (en otro caso no surge la necesidad de argumentar), el proponente tendrá que dar *razones* (*grounds*) en favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes. Por ejemplo: *La chica no se limita a gritar y correr: tiene algún tipo de intercambio con King Kong y muestra sentimientos personales hacia él. Nuestras pruebas excluyeron todo lo demás, y finalmente encontramos un defecto en el lavavajillas del comedor. Los bonos se pueden vender con facilidad, producen un interés aceptable y están libres de impuestos*. *X es el único hijo de Y, quien falleció sin dejar testamento.*

Las razones no son, pues, teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate; en una argumentación jurídica típica, por ejemplo, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso discutido. El oponente podrá ahora discutir de nuevo los hechos, pero incluso en caso de que los acepte puede exigir al proponente que justifique el paso de las razones a la pretensión. Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la *garantía (warrant)* del argumento. La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de naturaleza, etc. En todo caso, las *garantías* no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros. Podría decirse que mientras los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinando los ingredientes. O, dicho todavía de otra manera, la distinción entre razones y garantía es la misma que se establece en la argumentación jurídica entre enunciados de hecho y normas; esta distinción jurídica vendría a ser un caso especial de una distinción más general (*cfr*. Toulmin, 1958, p. 100). En los ejemplos anteriores, lo que funciona como garantía serían enunciados generales del siguiente tipo: *La existencia de una relación sentimental entre King Kong y la heroína da a la película (permite considerar que la película tiene) profundidad psicológicas. El defecto del lavavajillas permite explicar este tipo de epidemia. Las ventajas de los bonos municipales a corto plazo hacen que (justifican que) se trate realmente de una buena inversión. Los hijos suceden (deben suceder) a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento*.

El proponente ha establecido ahora una garantía para su argumento, pero esto no es siempre suficiente. En ocasiones será necesario mostrar también que la garantía resulta válida, relevante y con un suficiente peso; sobre todo si hay diversas formas posibles de pasar de las razones a la pretensión, el proponente tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier otra. Para ello deberá indicar el campo general de información o el *respaldo (backing)* que está presupuesto en la garantía aducida y que, naturalmente, variará según el tipo de argumento. Como ejemplo de tales respaldos podrán servir los siguientes enunciados: *los criterios habituales sobre lo que significa 'profundidad psicológica' en un film. El campo general de experiencia científica sobre bacterias de origen hídrico y sobre su control. Los usos en los negocios sobre lo que se considera una buena inversión. El artículo 930 del Código civil*. Debe tenerse en cuenta que mientras que los enunciados de las garantías son hipotéticos (los anteriores ejemplos podrían adoptar esa forma; así: *Si alguien muere sin dejar testamento, entonces su hijo tiene derecho a recibir la herencia*, etc.), el respaldo puede expresarse en la forma de enunciados categóricos sobre hechos (*cfr.* Toulmin, 1958, p. 105). La garantía no es, por tanto, una simple repetición de los hechos registrados en el respaldo, sino que tiene un carácter práctico, muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos (Toulmin, 1958, p. 106). Por otro lado, aunque tanto el respaldo como las razones se refieran a hechos, se distinguen entre sí, entre otras cosas, porque mientras que siempre se necesita alguna razón para poder hablar de argumento, el respaldo sólo se hace explícito si se pone en cuestión la garantía.

Estos cuatro elementos de los argumentos pueden representarse de acuerdo con el siguiente esquema:

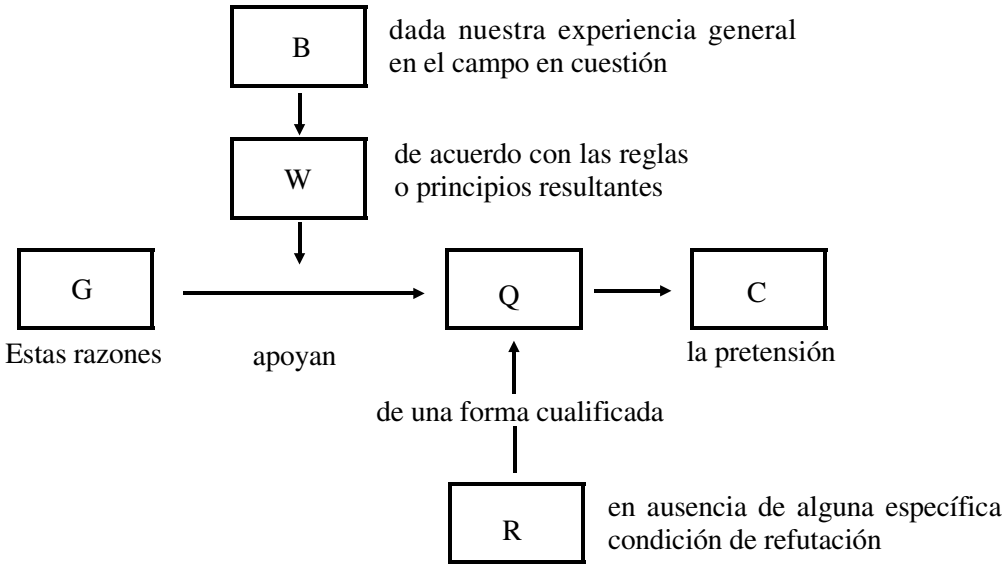


Por supuesto, un argumento puede formar parte de una cadena de argumentos y no presentarse aisladamente. Pero ello parece que podría seguir representándose sin mayores problemas según el modelo propuesto. Así,

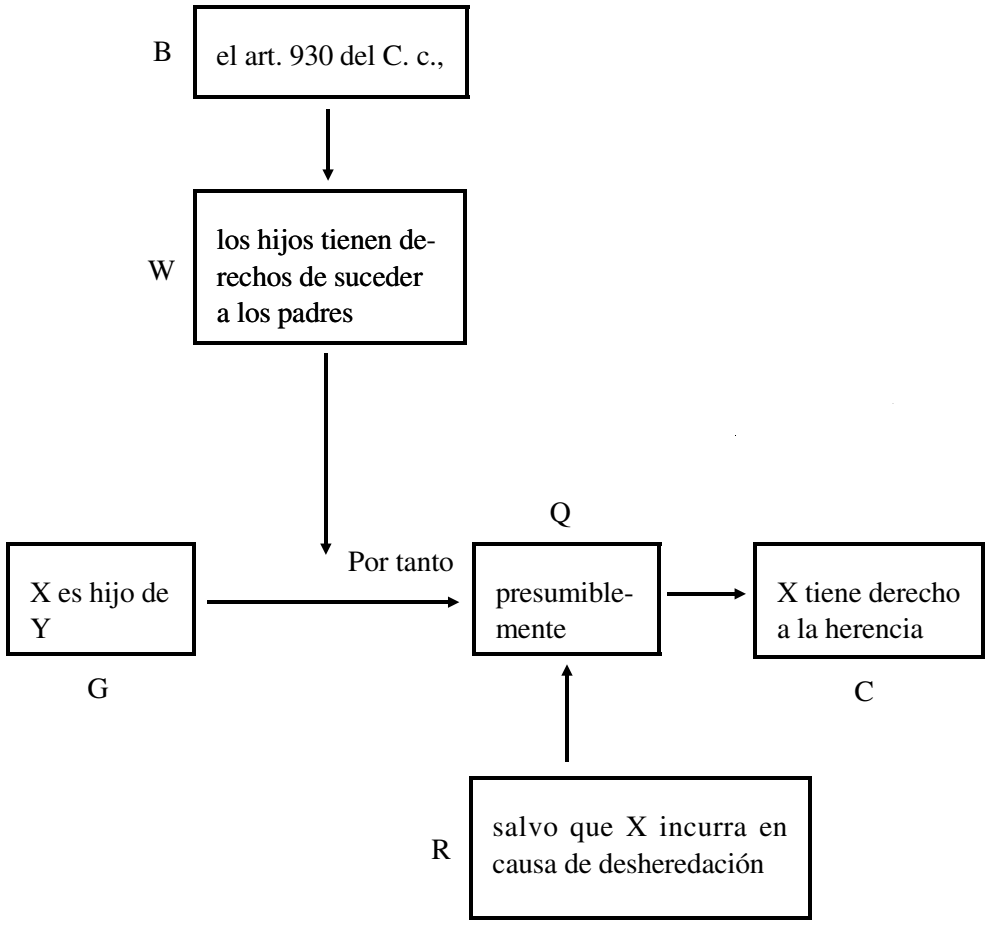
la pretensión de un argumento puede funcionar también como una razón a favor de una nueva pretensión; las razones pueden convertirse en pretensiones que necesitan, por tanto, un nuevo argumento para ser justificadas; y la garantía puede verse también como la pretensión de un nuevo argumento, en cuyo caso lo que antes era el respaldo pasará a cumplir ahora la función de las razones, con el cual se plantea la necesidad de una nueva garantía para pasar de las razones a la pretensión, etc.

3. *El modelo general. La fuerza de los argumentos*

Los elementos anteriores nos permiten contar con un argumento válido o correcto. Una cuestión distinta —como ya se ha dicho— es la de la fuerza de un argumento. Por un lado, la conclusión, la pretensión, puede afirmarse con un grado de certeza que puede ser mayor o menor. Así, mientras que en la matemática (y en la lógica deductiva) el paso a la conclusión tiene lugar de manera necesaria, en la vida práctica no suele ser así, sino que G (de *grounds* = razones), W (de *warrant* = garantía) y B (de *backing* = respaldo) prestan a C (de *claimt* = pretensión) un apoyo más débil que suele expresarse mediante *cualificadores* modales (*qualifiers*), como *presumiblemente*, *con toda probabilidad*, *plausiblemente*, *según parece*, etc. Por otro lado, el apoyo suministrado a C puede serlo sólo en ciertas condiciones, esto es, existen ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y a las que se denomina *condiciones de refutación* (*rebuttals*). El modelo general de análisis de un argumento quedaría ahora así:



Y, aplicando este esquema a un ejemplo concreto tendríamos:



Al esquema anterior todavía cabe añadir un par de puntualizaciones. La primera es que todos los elementos de la argumentación están conectados entre sí de forma que entre ellos se da una fuerte dependencia. La segunda es que para que sea posible la argumentación —y los argumentos adquieran fuerza— es necesario que existan puntos de partida en común. Estos presupuestos comunes caracterizan cada una de las empresas racionales (derecho, ciencia, arte, negocios, ética) en cuyo seno se argumenta. Por ejemplo, los argumentos judiciales son fuertes en la medida en que sirven para los fines más profundos del proceso jurídico; los argumentos científicos, sólo en la medida en que sirven para hacer progresar nuestro conocimiento científico, etc. Y, en último término, lo que funciona como respaldo final de los argumentos ante cualquier tipo de audiencia es el sentido común, pues todos los seres humanos tienen similares necesidades y viven vidas similares, de manera que comparten los fundamentos que necesitan para usar y comprender métodos similares de razonamiento

(Toulmin-Rieke-Janik, 1984, p. 119). En consecuencia, el mundo de la argumentación y del razonamiento no está partido en muchos grupos incomunicados, cada uno con sus maneras distintas de pensar y razonar. En lugar de ello, todos somos miembros de una *comunidad racional* y, de esta manera, parte del jurado que tiene que decidir finalmente sobre la corrección de la argumentación.[4]

4. *Tipos de argumentos*

En *The Uses of Argument*, Toulmin había concedido gran importancia a la distinción entre argumentos *substanciales (substancial arguments)* y argumentos *analíticos (analytic arguments)*, que formulaba de esta manera: "Un argumento de *D*[5] a *C* se llamará analítico si y sólo si el respaldo para la garantía que autoriza (el paso de *D* a *C*) incluye explícita o implícitamente la información expresada en la conclusión. Cuando ocurre esto, el enunciado '*D*, *B* y, por tanto, *C'*, será, por regla general, tautológico [...].[6] Cuando el respaldo para la garantía no contiene la información expresada en la conclusión, el enunciado: '*D*, *B* y, por tanto, *C*' nunca será una tautología y el argumento será un argumento substancial" (Toulmin, 1958, p. 125). Según Toulmin, la mayor parte de los argumentos que se efectúan en la práctica son argumentos substanciales, cuya validez no deriva, pues, del hecho de que la conclusión no sea más que una explicitación de lo contenido en las premisas (*D* y *B*). Como ejemplo de argumento substancial ponía este.

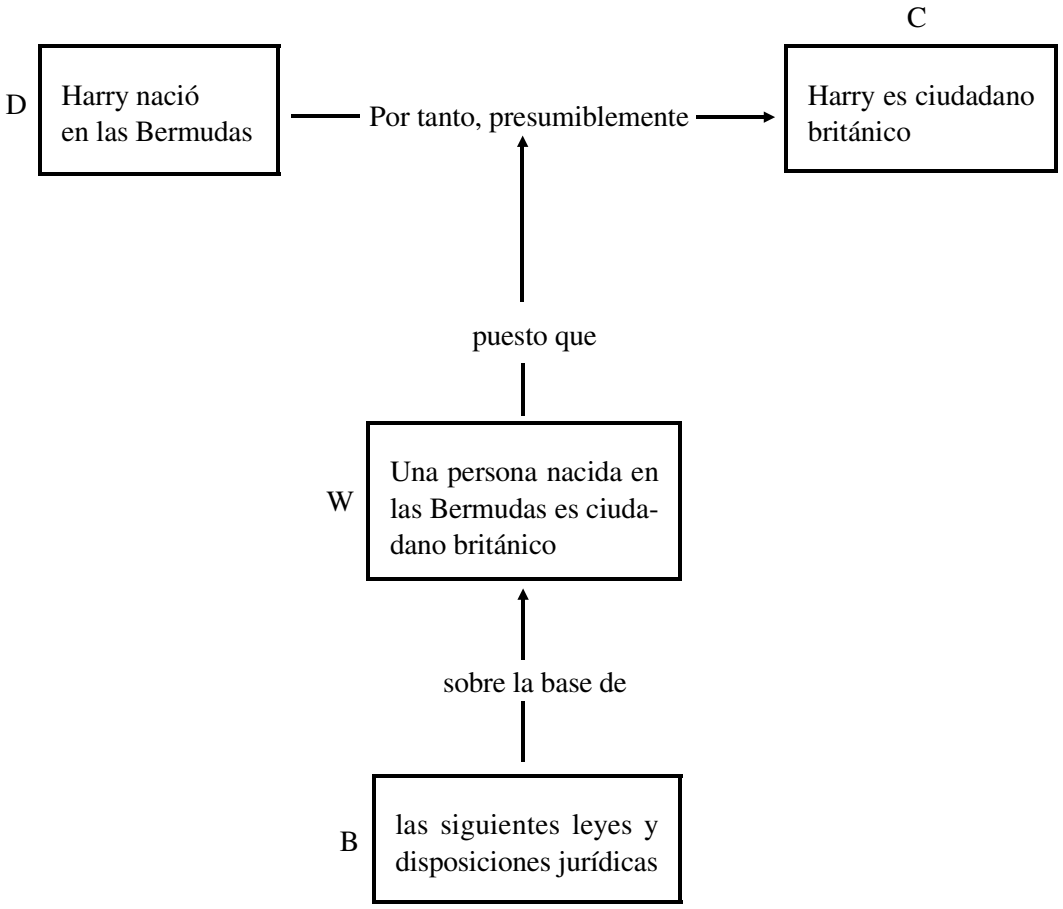
4 Tanto ésta apelación a la *comunidad racional* como la anterior al *tribunal de la razón* recuerdan —como se sugirió al final del capítulo anterior— el concepto de *auditorio universal* de Perelman.

5 *D* es abreviatura de *data*; los *data* son los *grounds*, esto es, las razones en la terminología de *An Introduction to Reasoning*.

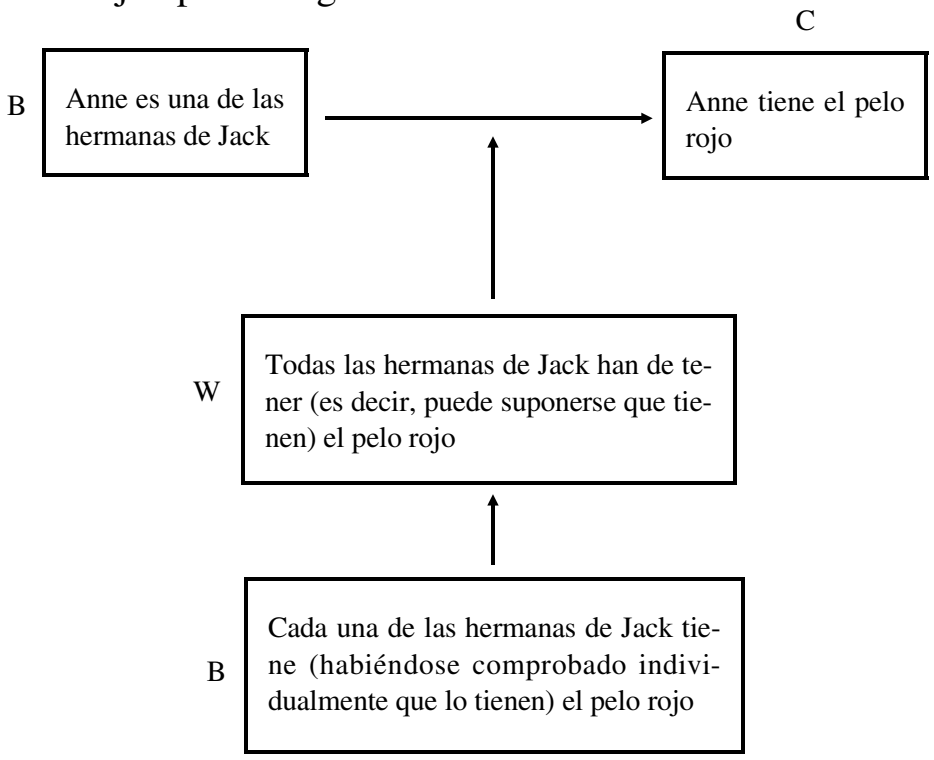
6 Según Toulmin, el *cuasisilogismo*:

Petersen es un sueco;
raramente un sueco es católico;
por tanto, casi con certeza Petersen no es católico;

sería un argumento válido y analítico, pues el respaldo de la garantía —*la proporción de los suecos que son católicos es inferior al 5%*— incluye la información recogida en la conclusión, pero no es tautológico, sino genuinamente informativo: la conclusión sitúa a Petersen en el 95% de la mayoría. El criterio para clasificar a un argumento es analítico si y sólo si la comprobación del respaldo de la garantía implica *ipso facto* comprobar la verdad o falsedad de la conclusión (*cfr*. Toulmin, 1958, p. 133).



Y como ejemplo de argumento analítico:


C
B
Anne es una de las hermanas de Jack
Anne tiene el pelo rojo
W
Todas las hermanas de Jack han de tener (es decir, puede suponerse que tienen) el pelo rojo
B
Cada una de las hermanas de Jack tiene (habiéndose comprobado individualmente que lo tienen) el pelo rojo

Ahora bien, este último argumento fácilmente puede pasar de la clase de los analíticos a la de los substanciales. Por ejemplo, si el respaldo fuera: *En el pasado se ha observado que todas las hermanas de Jack tienen el pelo rojo*, el argumento sería ya substancial, pues sería posible que con el paso del tiempo alguna se hubiera teñido el pelo o hubiera encanecido. Dicho de otra manera, el argumento sólo sería analítico si en el momento en que se formula uno está viendo a todas las hermanas de Jack. Pero entonces —se pregunta Toulmin—, ¿qué necesidad hay de argumentar para establecer el color del cabello de Anne? (*cfr.* Toulmin, 1958, p. 126). En realidad, sólo los argumentos matemáticos parecen ser genuinamente analíticos. Pero si esto es así, lo que resulta infundado es erigir un tipo especial de argumento —absolutamente infrecuente en la práctica argumentativa— como paradigma para todos los otros argumentos y considerar el criterio de validez de aquellos argumentos como criterio de validez para los demás.

Por otro lado, la distinción que Toulmin efectúa entre argumentos analíticos y argumentos substanciales no coincide con otras distinciones que aparecen en la misma obra (Toulmin, 1958), como por ejemplo, entre argumentos *formalmente válidos* y argumentos que no lo son. Cualquier argumento, y en cualquier campo, puede expresarse de tal manera que resulte formalmente válido; basta con que la garantía se formule explícitamente como una garantía que autoriza el tipo de inferencia en cuestión: cualquier argumento puede expresarse en la forma '*W*', '*G*', *por tanto* '*C*' y resultar válido en cuanto que su validez depende simplemente de su forma. Y un argumento puede ser analítico, pero no estar expresado de manera formalmente válida si, por ejemplo, lo escribimos poniendo como premisa mayor el respaldo y no la garantía.

Tampoco coincide la distinción entre argumentos analíticos y substanciales con la que Toulmin traza entre *argumentos que utilizan una garantía* y *argumentos que establecen una garantía*. En los últimos, lo que resulta nuevo no es la conclusión, sino la garantía misma; por ejemplo, cuando un científico trata de justificar la aceptabilidad de una nueva garantía (pongamos, de una nueva teoría) aplicándola sucesivamente a diversos casos en que tanto los *data* como la *conclusión* han sido verificados independientemente. En los otros argumentos, lo que se hace es aplicar garantías ya establecidas a datos nuevos para derivar nuevas conclusiones, con independencia de que el paso de *D* a *C* implique o no una transición de

tipo lógico. A esta última categoría de argumentos se les llama, en el uso normal de la expresión —que no coincide con el de lógica formal—, argumentos *deductivos*,[7] mientras que a los otros se les podría llamar *inductivos*. Ello explica, por ejemplo, que Sherlock Holmes hablara de "deducción" cuando del color y textura de las huellas dejadas en la alfombra de su despacho infiere que determinada persona había estado recientemente en East Sussex; y que otro tanto haga el astrónomo que predice, a partir de determinada información, que tal día y a tal hora tendrá lugar un eclipse. Pues bien, un argumento puede ser del tipo de los que establecen la garantía (inductivo), formalmente válido y analítico; pero también cabe que un argumento sea deductivo, formalmente válido y substancial, etcétera.

Finalmente, la distinción entre argumentos analíticos y substanciales tampoco coincide con la que Toulmin establece entre *argumentos concluyentes* (la conclusión se infiere de manera necesaria o cierta)[8] y *no concluyentes* (la conclusión es sólo posible o probable). Así, un argumento puede ser concluyente y substancial, como suele ocurrir no sólo en el campo de las ciencias, sino también en relación con las inferencias —con muchas de ellas— efectuadas por Sherlock Holmes; por ejemplo, cuando concluye, y no a partir de criterios analíticos, que "el ladrón *tuvo que ser* alguien que viva en la casa" (Toulmin, 1958, p. 138).[9] Y también cabe que un argumento analítico lleve a una conclusión meramente tentativa. Como ejemplo de esto puede servir el cuasisilogismo: *Petersen es un sueco; muy raramente un sueco es católico; por tanto, muy probablemente —pero no necesariamente— Petersen no es católico.*

Como consecuencia de todo lo dicho, analiticidad, validez formal, deducibilidad y carácter concluyente son cosas distintas. Hay muy pocos argumentos que cumplan con estas cuatro características, pero tampoco hay por qué considerar que su conjunción haya de ser el criterio general para juzgar la bondad de los argumentos. Un argumento puede ser sólido, aun-

7 La idea de deducción, tal y como la entiende Toulmin, es más débil que el sentido con que se usa en la lógica formal. Como se recordará, una relación de deducibilidad implica que si las premisas son verdaderas, entonces necesariamente lo ha de ser también la conclusión.

8 Estos argumentos no coinciden con los *argumentos deductivos* de la lógica formal, pues la *necesidad* a que se refiere Toulmin no es una necesidad puramente sintáctica que haga abstracción del significado de las proposiciones.

9 En el relato titulado "Blaze Silver", Sherlock Homes llega a la conclusión de que la persona que la policía consideraba culpable del robo del caballo era en realidad inocente. Las premisas de que parte es que el robo había tenido lugar por la noche; que esa persona era un extraño; y que nadie había oído ladrar a los perros del estable, cuando es sabido que los perros ladran a los extraños.

que no sea analítico, no esté formulado de manera formalmente válida, sea inductivo y no permita pasar de manera necesaria a la conclusión.

En *An Introduction to reasoning* (Toulmin-Rieke-Janik, 1984), no aparece ya ninguna de estas distinciones. Ello puede deberse al carácter eminentemente didáctico de esta última obra, o bien al hecho de que Toulmin no las considera ya adecuadas.[10] La única división que se efectúa ahora es entre argumentos *formales* y *no formales* que, por otro lado, pueden considerarse como una reelaboración de la distinción anterior entre argumentos analíticos y substanciales. En los primeros, se dice que la conexión entre *W* (la garantía) y *B* (el respaldo) es formal en el sentido de que no depende de la experiencia, sino —como ocurriría, por ejemplo con un argumento en el contexto de la geometría euclidiana— de los axiomas, postulados y definiciones de una determinada teoría. Y lo que ahora destaca Toulmin es el hecho de que en los argumentos formales lo único que interesa es su estructura interna, esto es, la cuestión de si el argumento es o no correcto, si las conexiones entre los diversos enunciados son o no impecables. Dicho de otra forma, el argumento se ve únicamente como una cadena formal de proposiciones (uno de los sentidos de la expresión *argumento*), sin que quepa plantear cuestiones de relevancia externa (¿se usa el razonamiento correcto?, ¿tiene este argumento fuerza en esta concreta situación?) vinculadas con la experiencia práctica y con el segundo sentido de *argumento* (el argumento entendido como interacción entre seres humanos). En los argumentos no formales, por el contrario, interesan tanto las cuestiones de estructura interna, como las que tienen que ver con la relevancia externa. Como es obvio, la mayor parte de los argumentos que se efectúan en la práctica —y a los que se dirige preferentemente la atención de Toulmin— son argumentos no formales.

5. *Tipos de falacias*

El estudio de los argumentos no sería completo si no se incluyera a las falacias, esto es, las formas en que se argumenta incorrectamente. Aunque sin pretensiones de sistematicidad, el modelo de análisis de Toulmin suministra un criterio para clasificar las falacias, que permite incluirlas en

10 Uno de los cargos de Toulmin (1958) contra la lógica formal es que esta no permite ver esas distinciones que a él le parecen de gran interés. Sin embargo, las distinciones en cuestión han sido duramente criticadas por los lógicos (*cfr.* por ejemplo Castañeda, 1960).

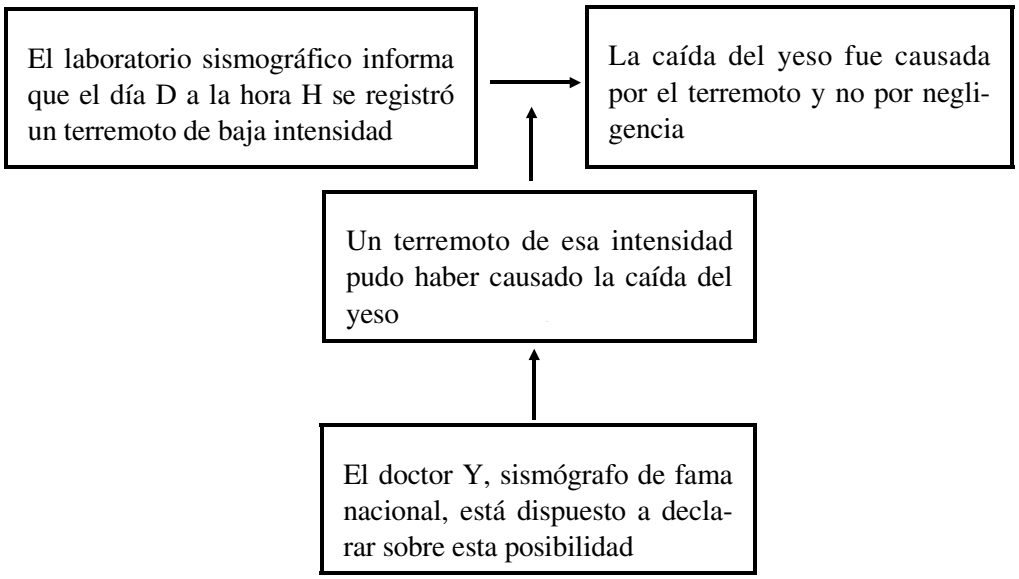
cinco categorías diferentes, según que surjan: 1) de una falta de razones; 2) de razones irelevantes; 3) de razones defectuosas; 4) de suposiciones no garantizadas; 5) de ambigüedades.

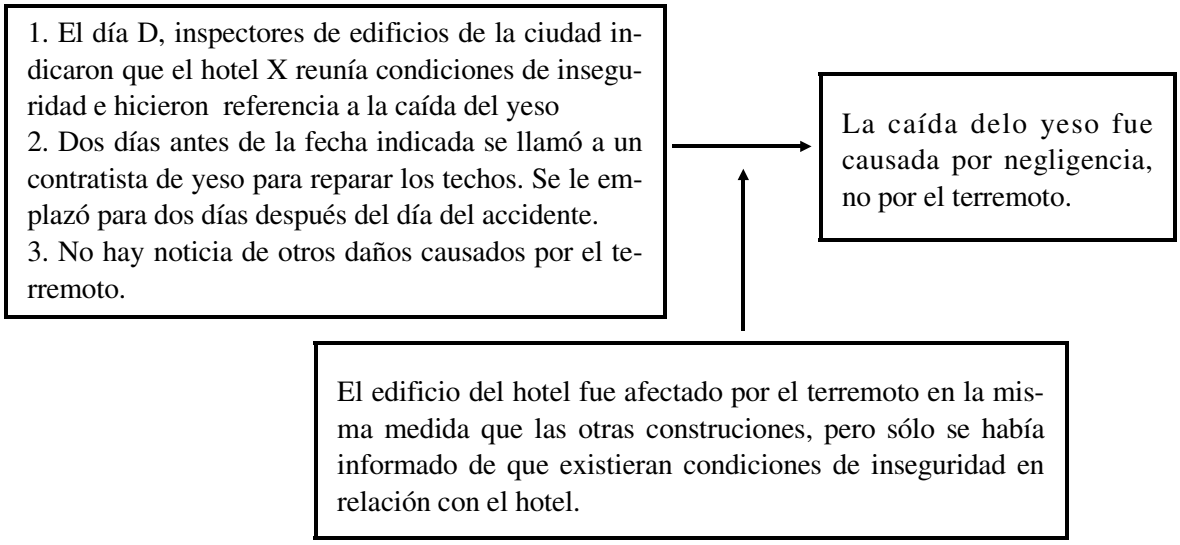
1) El mejor ejemplo de falacia por falta de razones es la petición de principio, que consiste en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando *razones* cuyo significado es sencillamente equivalente al de la pretensión original. 2) Las falacias debidas a razones irrelevantes tienen lugar cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; así sucede, por ejemplo, cuando se comete la falacia consistente en evadir el problema, en apelar a la autoridad, en argumentar contra la persona, en argumentar *ad ignorantiam*, en apelar al pueblo, a la compasión o a la fuerza, aunque, naturalmente, no toda la apelación a la autoridad, a la persona, etc., suponga cometer una falacia. 3) Las falacias debidas a razones defectuosas aparecen cuando las razones que se ofrecen a favor de la pretensión son correctas, pero, inadecuadas para establecer la pretensión específica en cuestión (podría decirse que lo que falla aquí es la cualificación o la condición de refutación). Dichas falacias pueden cometerse al efectuar una generalización apresurada (se llega a una conclusión con pocos ejemplos o con ejemplos atípicos), o al fundamentar argumento en una regla que, en general, es válida, pero no se considera que el caso en cuestión puede ser una excepción a la misma (falacia del accidente). 4) En las falacias debidas a suposiciones no garantizadas, se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando, de hecho, la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada. Así ocurre, por ejemplo, con la falacia de la cuestión compleja, de la falsa causa, de la falsa analogía o de *envenenar los pozos* (se formula una pretensión contra la que no cabe argumentar con objeto de reforzar una pretensión anterior). 5) Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología), a una colocación errónea del énfasis (falacia del acento), a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de las partes (falacia de la composición), a afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división), o cuando se toman similitudes gramaticales o morfológicas entre palabras como indicativas de similitudes de significado (falacia de las figuras de dicción).

6. *La argumentación jurídica*

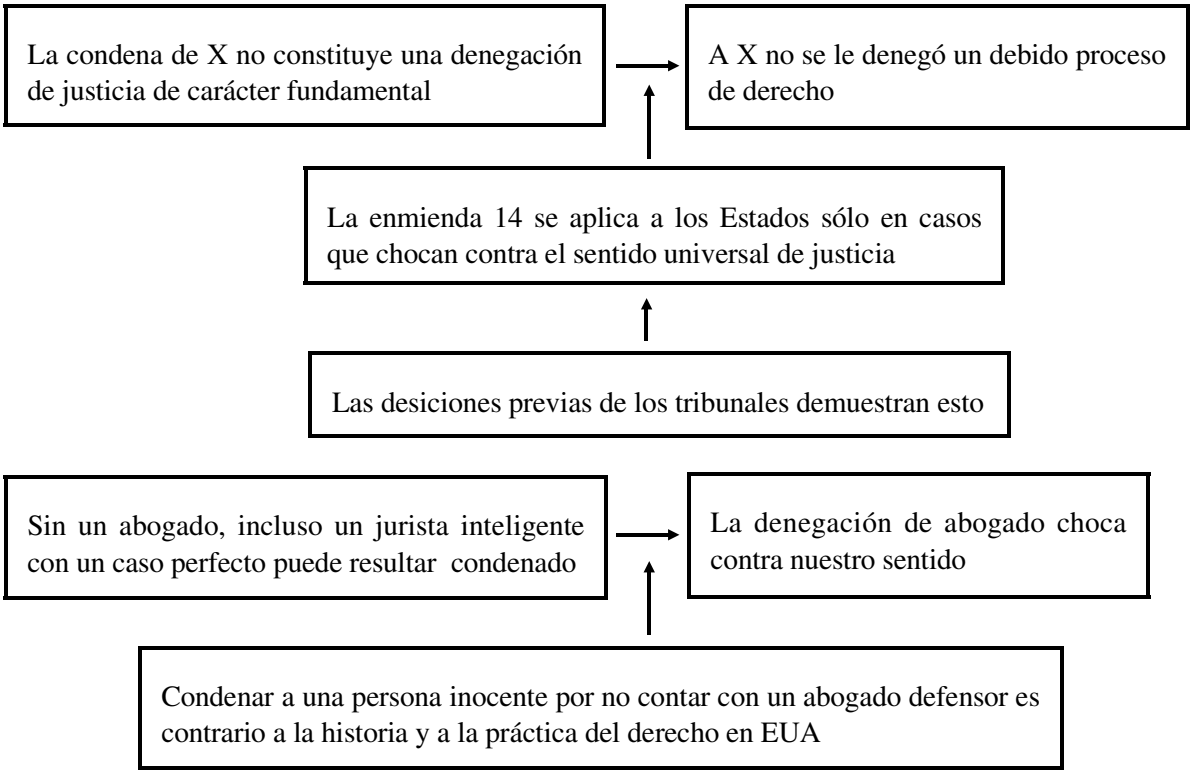
Además del estudio de las falacias, en una teoría de la argumentación es importante considerar las diversas conexiones existentes entre el lenguaje y el razonamiento, las peculiaridades de algunos tipos de razonamientos a los que se les suele reconocer una especial relevancia (por ejemplo, el argumento por analogía, a partir de generalizaciones, a partir de signos, a partir de causas y de autoridad) y, sobre todo, debe tenerse en cuenta que la actividad de argumentar tiene características especiales según el campo o la empresa nacional de que se trate. Toulmin distingue básicamente estas cinco: el derecho, la ciencia, el arte, los negocios y la ética.

Por lo que se refiere a la argumentación jurídica, en particular Toulmin considera, como ya se ha dicho, que, de todas las instituciones sociales, el sistema jurídico es el que proporciona el foro más intenso para la práctica y análisis del razonamiento. En principio, el derecho (a través de los tribunales de primera instancia) proporciona un foro para argumentar acerca de versiones distintas de los hechos implicados en un conflicto que no ha podido solucionarse ni recurriendo a la mediación ni a la conciliación. Veamos un ejemplo: mientras dormía el cliente de un determinado hotel resulta herido como consecuencia de haberse desprendido un trozo de yeso del cielo raso, y surge la cuestión de si la administración del hotel se ha comportado negligentemente y debe, en consecuencia, indemnizar al cliente. Cada una de las partes (el abogado del hotel y el del cliente) llevan a cabo una argumentación que podría sintetizarse así:


El laboratorio sismográfico informa que el día D a la hora H se registró un terremoto de baja intensidad
La caída del yeso fue causada por el terremoto y no por negligencia
Un terremoto de esa intensidad pudo haber causado la caída del yeso
El doctor Y, sismógrafo de fama nacional, está dispuesto a declarar sobre esta posibilidad


1. El día D, inspectores de edificios de la ciudad indicaron que el hotel X reunía condiciones de inseguridad e hicieron referencia a la caída del yeso
2. Dos días antes de la fecha indicada se llamó a un contratista de yeso para reparar los techos. Se le emplazó para dos días después del día del accidente.
3. No hay noticia de otros daños causados por el terremoto.
La caída delo yeso fue causada por negligencia, no por el terremoto.
El edificio del hotel fue afectado por el terremoto en la misma medida que las otras construciones, pero sólo se había informado de que existieran condiciones de inseguridad en relación con el hotel.

Los tribunales de apelación suministran un segundo foro de argumentación. Pero en este caso, la argumentación no se centra en las cuestiones de hecho, sino en las cuestiones de derecho. Un ejemplo típico puede ser el siguiente. Una persona es condenada (en un estado de Estados Unidos) en un juicio que contara con un abogado defensor. Se apela contra la decisión (ante la Corte Suprema) sobre la base de que el hecho de no haber contado con un abogado defensor supone una violación de los derechos constitucionales. Los argumentos de la mayoría del tribunal (que rechazó la pretensión) y de la minoría disidente pueden sintetizarse respectivamente, así:


La condena de X no constituye una denegación de justicia de carácter fundamental
A X no se le denegó un debido proceso de derecho
La enmienda 14 se aplica a los Estados sólo en casos que chocan contra el sentido universal de justicia
Las desiciones previas de los tribunales demuestran esto
Sin un abogado, incluso un jurista inteligente con un caso perfecto puede resultar condenado
La denegación de abogado choca contra nuestro sentido
Condenar a una persona inocente por no contar con un abogado defensor es contrario a la historia y a la práctica del derecho en EUA

En estos dos distintos foros de la argumentación jurídica, los supuestos típicos que constituyen las pretensiones, las razones, las garantías y los respaldos varían. Por ejemplo, las razones en las cuestiones de hecho son los medios de prueba admitidos en derecho (testimonio de testigos o de expertos, prueba circunstancial, documental, etc.), mientras que en las cuestiones de derecho, como razones funcionarán no sólo los hechos declarados probados por el tribunal de instancia, sino también las decisiones de otros tribunales de apelación, normas, citas de autoridades, etc. Las garantías, en el primer caso, serán distintas según se trate del testimonio de un testigo o de un experto, según sea una prueba circunstancial, documental, etc.; en el segundo caso, en las cuestiones de derecho, la garantía será una norma jurídica general o un principio jurídico. Y algo parecido cabe decir en relación con el respaldo de la argumentación, que en un caso consistirá en la referencia al campo general de experiencia en que se asienta la garantía, y en otro en la indicación de que la garantía enuncia una norma o un principio vigente.

Finalmente, resulta importante resaltar que cualquier decisión jurídica implica una línea compleja de razonamiento, pues tal decisión no puede verse como un fin último sino, por el contrario, como un paso en el proceso continuo de decidir disputas sociales en el foro del derecho. La empresa del derecho (el contexto en que cobran fuerza los argumentos jurídicos) no consiste únicamente en resolver casos concretos, sino también en hacer que esas decisiones puedan servir como orientación para el futuro.

III. Valoración crítica de la concepción de Toulmin

Como antes se indicó, Toulmin parte de la misma constatación que Viehweg y Perelman, la insuficiencia de la lógica formal deductiva, para dar cuenta de la mayor parte de los razonamientos, pero su concepción se diferencia de las de estos en que su crítica a la lógica formal es, en cierto modo, más radical. Toulmin no pretende sólo suministrar un modelo que sirva para el campo del derecho (como Viehweg), ni siquiera para el campo de lo que suele llamarse *razón práctica* (como Perelman), sino para el campo de la argumentación en general. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con la tópica, aquí estamos ya frente a una verdadera teoría de la argumentación, dotada de un notable aparato analítico y que ofrece,

cuando menos, una guía para el ejercicio práctico de la argumentación. Y, a diferencia de la nueva retórica de Perelman, Toulmin no se ha preocupado tanto de analizar la estructura de cada uno de los tipos o técnicas argumentativas, sino la de los argumentos en general, y, además ha mostrado el carácter —por así decirlo— dialógico de la argumentación. La falta de una teoría general de la estructura de los argumentos es probablemente una de las razones —que hay que añadir a las expuestas en el capítulo anterior— que explican el relativo fracaso de la obra de Perelman.

Esta valoración positiva de la concepción de Toulmin no implica, sin embargo, que su análisis de la argumentación pueda considerarse plenamente satisfactorio. Para afirmar esto, la teoría tendría que pasar una doble prueba, esto es, debe ser enjuiciada tanto desde la perspectiva de quien se aproxima a la argumentación a partir de los esquemas de la lógica formal, como desde la perspectiva de alguien que parta fundamentalmente, como el propio Toulmin, de considerar a la argumentación, como un tipo de interacción humana.

1. *¿Una superación de la lógica?*

Si se adopta el primer punto de vista, lo que se trataría de comprobar es hasta qué punto la concepción de Toulmin implica realmente una superación de los esquemas habituales de la lógica y, en consecuencia, si realmente su análisis ofrece algo más que el usual de la lógica.[11]

Según Toulmin,[12] el modelo de análisis tradicional de la lógica es excesivamente simple por dos razones ligadas entre sí: una consiste en haber partido de un tipo de argumento infrecuente en la práctica, que exhibe una estructura más simple que la de los argumentos usados en las diversas esferas de la argumentación, de manea que no puede utilizarse como paradigma para todos los demás. La otra es que, precisamente por centrarse en este tipo de argumentos, la lógica formal no ha tomado en consideración diferencias importantes, como —sobre todo— la que él establece entre la garantía y el respaldo de un argumento, o entre la garantía y la condición de refutación. En definitiva, mientras que la lógica sólo distingue entre premisas y conclusión (o, si se quiere, para seguir el modelo

11 Esta es, por ejemplo, la perspectiva asumida por Castañeda (1960), quien da a las anteriores cuestiones una respuesta rotundamente negativa.

12 Aquí me refiero a *The Uses of Argument* (Toulmin, 1958).

silogístico del que parte Toulmin, entre premisa mayor, premisa menor y conclusión), a él le parece esencial diferenciar seis tipos distintos de proposiciones que, además, cumplen funciones distintas en la argumentación: el respaldo, la garantía, las razones, el cualificador, la condición de refutación y la pretensión. Sin introducir estas diferencias, no sería posible dar cuenta por lo menos de un tipo de argumento, que, por otro lado, es el más frecuente en la práctica: los argumentos substanciales o no formales.[13] Veamos hasta qué punto es esto cierto.

La distinción entre garantía y respaldo es, como hemos visto, necesaria para poder distinguir entre argumentos analíticos y argumentos substanciales, y permite, además, evitar una ambigüedad que, según Toulmin, aparece en el modelo tradicional de la lógica, en cuanto que la premisa mayor puede interpretarse habitualmente de dos formas: como respaldo o como garantía. Por ejemplo, el argumento: *Petersen es un sueco; ningún sueco es católico; por tanto, ciertamente Petersen no es católico*, puede interpretarse como: *Petersen es un sueco; la proporción de suecos católicos es cero (respaldo); por tanto, ciertamente, Petersen no es católico*, o bien como: *Petersen es un sueco; un sueco ciertamente no es católico (garantía); por tanto, ciertamente, Petersen no es católico*.

Ahora bien, la dificultad que surge aquí es que en ocasiones (por ejemplo, en esta) cuesta ver cuál es la diferencia entre la garantía y el respaldo.[14] Toulmin parece sugerir que el primero es una regla de inferencia (lo que llama en ocasiones, una license inference) y el segundo un enunciado sobre hechos; pero esto plantea problemas, al menos si uno se sitúa en el terreno de la argumentación jurídica. Por un lado, si la función del respaldo es ofrecer una justificación de la garantía, entonces no se ve por qué ha de consistir en un enunciado empírico (o en un postulado definicional, axioma, etc., como sería el caso de los argumentos formales) y no, por ejemplo, en un enunciado normativo o valorativo. Por otro lado, da la impresión de que, en relación con los argumentos jurídicos (o con un grupo de estos: los argumentos interpretativos), la garantía estaría constituida por una *norma* jurídica (que estableciera, por ejemplo, que los hijos suceden a sus padres cuando estos fallecen sin dejar testamento) y el respaldo, por la *proposición* normativa correspondiente que afirma la existencia de una norma válida con ese contenido. En tal caso, el conjunto *W; G; por*

13 Aunque ambos conceptos —como antes se ha visto— no coincidan del todo, esto no es aquí importante.

14 La falta de claridad de la distinción es un aspecto central de la crítica de Castañeda.

tanto C no es ni más ni menos que lo que tradicionalmente, desde Aristóteles, se viene llamando *silogismo práctico*, al que Toulmin no hace ninguna referencia. En este tipo de argumento nunca podría hablarse de argumento analítico, pues el respaldo no puede contener nunca la información expresada en la conclusión, si es que se acepta que de enunciados descriptivos no puede pasarse a enunciados prescriptivos. *B; G; por tanto C*, no será nunca una tautología; ni siquiera un argumento correcto.

En conclusión, quizás cabría decir que la distinción garantía/respaldo, trasladada al campo de la argumentación jurídica, no muestra nada que no nos fuera ya conocido desde la perspectiva de la lógica deductiva (y a lo que se hizo referencia en el capítulo primero), a saber: la existencia del silogismo práctico; la ambigüedad característica de los enunciados deónticos (que pueden interpretarse como normas o como proposiciones normativas); y la existencia, al lado de la justificación interna, de un esquema de justificación externa.[15]

La distinción entre la garantía y la condición de refutación, por otro lado, no hace más que registrar el hecho de que las normas jurídicas y, sobre todo, los principios jurídicos tienen que expresarse como condicionales abiertos o —dicho en la terminología de von Wright (1970)— que las normas jurídicas son siempre —o, cuando menos, habitualmente— hipotéticas y no categóricas. Ahora bien, no parece que haya nada en la lógica formal que la incapacite para representar esta circunstancia. Podría decirse ahora que si la premisa mayor se formula con esta cautela, la premisa menor —la premisa fáctica— tendría que recoger, además de la circunstancia de la que se ha producido, o no, una determinada acción, el dato de que no se trata de un supuesto de excepción a la norma general. Es cierto que en la forma lógica habitual de representar los argumentos no se suelen tener en cuenta todas estas circunstancias, pero eso no quiere decir que no se pueda hacer sin necesidad de salirse de la lógica deductiva. Una forma de dar cuenta de ello sería considerar que la argumentación en general —y la argumentación jurídica en particular— es normalmente entimemática, esto es, presupone premisas que no explicita. Pero el modelo seguiría siendo aquí el de la lógica deductiva, pues la validez de

15 El respaldo constituiría, en un supuesto típico de argumentación jurídica, la justificación externa de la premisa normativa. En los casos sencillos, puede considerarse que el respaldo consistiría simplemente en la enunciación de la proposición normativa correspondiente. Pero en los casos difíciles, esto no basta, sino que hay que aducir, además, por regla general, una combinación de enunciados descriptivos, normativos y valorativos.

esos argumentos dependería de que, una vez que se hubiesen aceptado o puesto en forma expresa esas premisas implícitas, el paso a la conclusión fuese de tipo deductivo.

Finalmente, el cualificador daría cuenta del hecho de que en la argumentación práctica en general, y en la argumentación jurídica en particular, el paso de las premisas a la conclusión puede o no tener carácter necesario. Pero eso, dicho en la terminología tradicional de la lógica, es lo mismo que afirmar que los argumentos pueden ser deductivos o no deductivos. Ningún lógico, por lo demás, negaría que en ciertas circunstancias está justificado argumentar en forma no deductiva; simplemente afirmaría que se trata de inferencias que no tienen las propiedades de los otros argumentos y que, en consecuencia, no caen dentro de su campo de estudio (si es que, efectivamente, el suyo se limita al de la lógica deductiva).

Ahora bien, todo lo anterior no significa, en mi opinión, que la concepción de la argumentación de Toulmin no vaya en algún sentido más allá de la concepción lógico-formal. Va, en diversos sentidos, más allá, aunque, obviamente, no pueda ir *en contra* de la lógica. En primer lugar, Toulmin ofrece un esquema de representación de los argumentos que es interesante precisamente porque incorpora muchos aspectos de la argumentación que, desde luego, pueden recibir una explicación desde la lógica, pero que la forma habitual —*lineal*, podríamos decir— de representar los argumentos de la lógica formal, no permite ver con claridad. En segundo lugar, el esquema de Toulmin pretende —y me parece que, en parte, lo consigue— una mayor aproximación de la que se logra con los esquemas habituales de la lógica formal, hacia las argumentaciones que tienen lugar en la realidad. Desde luego, el de Toulmin sigue siendo un esquema de la argumentación *correcta,* pues lo que pretende es algo más que describir cómo, de hecho, se argumenta en determinados contextos (*cfr.* Klein, 1980 y Habermas, 1987, t. 1, p. 49). Pero, por ejemplo, su modelo parece adaptarse perfectamente al planteamiento de los realistas americanos a los que se hizo referencia en el capítulo primero, e incluso podría decirse que parece diseñado expresamente para evitar esa crítica. Su esquema, según el cual un proceso de argumentación se inicia con el planteamiento de una pretensión a favor de la cual se aducen razones, garantías, etc., vendría a reflejar —generalizándola— la afirmación de los realistas de que las decisiones judiciales son "desarrolladas retrospectivamente desde conclusiones tentativamente formuladas". En tercer lugar, lo que le diferencia a Toulmin de la lógica formal es, más que nada, una

cuestión de enfoque, como por otro lado él mismo pone de manifiesto: mientras que la lógica formal estudia los argumentos como una secuencia de proposiciones, a él le interesan, sobre todo, los argumentos considerados como interacciones humanas, como un tipo de acción. Y eso quiere decir también ampliar considerablemente el campo de análisis e interesarse, en consecuencia, por problemas ajenos a la lógica en sentido estricto, como el de establecer criterios sobre la corrección material de los argumentos.

2. *La contribución de Toulmin a una teoría de la argumentación*

Ahora bien, aún aceptando el punto de partida de Toulmin sobre la argumentación, esto es, aún aceptando que la argumentación debe verse como una interacción humana y no simplemente desde una perspectiva lógico-formal, podría pensarse que su planteamiento no es el del todo adecuado. Esta es, por ejemplo, la posición que adopta Habermas y que merece la pena reseñar brevemente no sólo por el interés que tiene en sí misma considerada, sino también porque es la base de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy que en un próximo capítulo se analizará por extenso.

Según Habermas, la ventaja del planteamiento de Toulmin consiste en que permite una pluralidad de pretensiones de validez; esto es, argumentar significa aquí esforzarse por apoyar una pretensión con buenas razones, pudiendo consistir la pretensión —como hemos visto— en la defensa de un derecho, la adopción de una estrategia comercial, el apoyo a un candidato para un puesto, etc. Y ello, además, lo hace Toulmin "sin necesidad de negar a la vez el sentido crítico del concepto de validez, que trasciende las restricciones espacio-temporales y sociales" (Habermas, 1987, t. 1, p. 54). Pero el planteamiento de Toulmin le parece insuficiente a Habermas, pues "sigue adoleciendo aún de una falta de mediación convincente entre los planos de abstracción que representan lo lógico y lo empírico" (*ibidem*). Trataré de explicar qué quiere decir con ello Habermas.

Como hemos visto, Toulmin distingue entre el esquema general de la argumentación, que es el mismo para todos los tipos de argumentos, y las reglas especiales de la argumentación que dependen del campo en concreto de que se trate (Toulmin, como hemos visto, considera básicamente estos cinco ámbitos o "empresas racionales", como él las llama: el derecho, la moral, la ciencia, los negocios y la crítica de arte). Sin embargo,

esta tentativa de hacer derivar de las diversas empresas racionales y de los correspondientes campos de argumentación institucionalizados la diversidad de tipos de argumentación y de pretensiones de validez adolece —en opinión de Habermas— de una ambigüedad:

> No queda claro si esas totalidades que constituyen el derecho y la medicina, la ciencia y la dirección de empresas, el arte y la ingeniería, sólo pueden deslindarse unas de otras funcionalmente, es decir, sociológicamente, o también en términos de lógica de la argumentación. ¿Entiende Toulmin estas empresas racionales como plasmaciones institucionales de formas de argumentación que es menester caracterizar internamente, o *sólo* diferencia esos campos de argumentación según criterios institucionales? Toulmin se inclina por la segunda alternativa, ligada a supuestos menos complicados (*ibidem,* p. 56).

Ahora bien, el hilo conductor de la que Habermas llama "lógica de la argumentación" no puede estar constituido por las plasmaciones institucionales de los campos de argumentación. Esas son *diferenciaciones externas* que tendrían que partir de *diferenciaciones internas*, esto es, diferenciaciones entre formas de argumentación, las cuales no pueden surgir de un tipo de análisis que se guíe por las funciones y fines de las empresas racionales. Para Habermas, "las formas de argumentación se diferencian según pretensiones de validez que con frecuencia sólo nos resultan *reconocibles* a partir del contexto de una manifestación, pero que no vienen *constituidas* como tales por los contextos y ámbitos de acción" (*ibidem,* p. 62). Dichas *pretensiones* de validez —siempre según Habermas— son: la verdad de las proposiciones, la corrección de las normas de acción, la adecuación de los estándares de valor, la veracidad de las manifestaciones o emisiones expresivas y la inteligibilidad o corrección en el uso de los medios de expresión. Con estos distintos tipos de pretensiones se corresponden diversas formas de enunciados: descriptivos, normativos, evaluativos, expresivos y explicativos, y con la forma de los enunciados cambia también de modo específico el sentido de la fundamentación.

> La fundamentación de enunciados descriptivos significa la demostración de la existencia de estados de cosas; la fundamentación de enunciados normativos, la demostración de la aceptabilidad de acciones o normas de acción; la fundamentación de enunciados evaluativos, la demostración de la preferibilidad de estos o aquellos valores; la fundamentación de enunciados

> expresivos, la demostración de la transparencia de las autopresentaciones; y la fundamentación de enunciados explicativos, la demostración de que las expresiones simbólicas han sido correctamente generadas. El sentido de las correspondientes pretensiones de validez diferenciadas puede entonces explicitarse especificando en términos de lógica de la argumentación las condiciones bajo las que puede hacerse en cada caso semejante demostración (*ibidem,* pp. 65 y 66).

En consecuencia, Habermas distingue las siguientes formas de argumentación: el discurso teórico, el discurso práctico, la crítica estética, la crítica terapéutica y el discurso explicativo. En un próximo capítulo, al ocuparme de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, mostraré en qué consiste esta *lógica* del discurso práctico.

CAPÍTULO QUINTO

NEIL MACCORMICK: UNA TEORÍA INTEGRADORA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 105

I. Introducción 105
1. La teoría estándar de la argumentación jurídica 105
2. Argumentación práctica y argumentación jurídica según MacCormick. Planteamiento general 107

II. Una teoría integradora de la argumentación jurídica 109
1. La justificación deductiva 109
2. Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles 112
3. La justificación en los casos difíciles. El requisito de universidad 114
4. La justificación de segundo nivel. Consistencia y coherencia 117
5. Los argumentos consecuencialistas 122
6. Sobre la tesis de la única respuesta correcta. Los límites de la racionalidad práctica 125

III. Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick 130
1. Sobre el carácter deductivo del razonamiento jurídico . . 130
2. Un análisis ideológico de la teoría 141
3. Sobre los límites de la razón práctica 144

CAPÍTULO QUINTO

NEIL MACCORMICK: UNA TEORÍA INTEGRADORA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN

1. *La teoría estándar de la argumentación jurídica*

Como el lector (que haya empezado a leer este libro por el principio y sin demasiadas interrupciones) seguramente recordará, en el capítulo primero se procuró ofrecer una introducción a la teoría de la argumentación jurídica centrada básicamente en los aspectos lógico-deductivos y, sobre todo, en sus límites. A continuación, en los tres siguientes capítulos, se examinaron diversas concepciones surgidas en los años cincuenta (la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin) que, aún difiriendo entre sí en diversos extremos (como, por ejemplo, en relación con su alcance, aparato analítico, etc.), tienen, sin embargo, algo en común: el rechazo del modelo de la lógica deductiva. Como hemos visto, estos autores no tratan simplemente de mostrar que la concepción lógico-deductiva tiene sus límites (lo que sin duda debe haber quedado claro después del capítulo primero), sino que afirman además que pretender reconstruir la argumentación jurídica a partir de ahí es equivocado o, cuando menos, de muy escaso valor.

Sin embargo, y por las razones que ya se han expuesto, no parece que ninguna de las tres concepciones pueda aceptarse sin más como una teoría satisfactoria de la argumentación jurídica. Todas ellas contienen, desde luego, elementos relevantes —el grado de interés, en mi opinión, coincide precisamente con el del orden de la exposición—, pero son todavía insuficientemente complejas o, al menos, no suficientemente desarrolladas. Su papel fundamental consiste sobre todo en haber abierto un nuevo

—o relativamente nuevo— campo de investigación, en haber servido como precursoras de las actuales teorías de la argumentación jurídica.

Durante las dos últimas décadas, en efecto, los estudios sobre la argumentación jurídica —y sobre la argumentación en general— han experimentado un gran desarrollo (Neumann, 1986, p. 1), hasta el punto en que este campo constituye, sin duda, uno de los principales centros de interés de la actual teoría y filosofía del derecho.[1] En cierto modo, la teoría de la argumentación jurídica viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico.

De entre las diversas teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas (elaboradas por Neil MacCormick y por Robert Alexy) son, en mi opinión, las que tienen un mayor interés y quizás también las que han sido más discutidas y han alcanzado una mayor difusión. En este capítulo y en el próximo me ocuparé, respectivamente, de estas dos concepciones que, de alguna manera, vienen a constituir lo que podría llamarse la teoría estándar de la argumentación jurídica. De hecho, otras teorías formuladas aproximadamente en las mismas fechas y que también han conocido una considerable difusión —como las de Aulis Aarnio (1987) y Aleksander Peczenick (1989)— podrían considerarse como desarrollos de la de Alexy o, por lo menos, vienen a resultan, compatibles, en lo esencial, con aquella teoría.[2]

Ello no quiere decir, por otro lado, que MacCormick y Alexy representen, ni mucho menos, puntos de vista antagónicos con respecto a la argumentación jurídica o, en general, con respecto a la teoría del derecho. Lo curioso del caso es, más bien, que aún proviniendo de tradiciones filosóficas y jurídicas muy distintas (en el caso de MacCormick sería básicmente Hume, Hart y la tradición, no sólo la inglesa, sino también la escocesa, del *common law*; en el de Alexy, Kant, Habermas y la ciencia jurídica alemana) llegan a formular al final concepciones de la argumentación jurídica esencialmente semejantes (*cfr*. Alexy, 1980 y MacCormick, 1982).

1 Para comprobar esto, puede consultarse el número 1 de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, 1984, que recoge las contestaciones de unos cincuenta filósofos del derecho a una encuesta sobre los problemas abiertos en su disciplina.

2 Prueba de ello es el artículo escrito conjuntamente por estos tres autores: Aarnio, Alexy y Peczenik (1973). No obstante, sobre las diferencias entre la teoría de Aarnio (que se basa en la concepción wittgensteiniana de las formas de vida) y la de Alexy (cuyo trasfondo, básicamente, es la teoría del discurso racional de Habermas) puede verse Alexy (1976c).

2. *Argumentación práctica y argumentación jurídica según MacCormick. Planteamiento general*

Las tesis fundamentales de la concepción de MacCormick se encuentran expuestas en una obra, *Legal Reasoning and Legal Theory,* de 1978 (que es precisamente el mismo año en que se publica la obra fundamental de Alexy sobre la materia, *Theorie der juristischen Argumentation)*, y luego han sido desarolaldas (y en una pequeña medida también corregidas [*cfr*. MacCormick, 1981, 1982a y 1983] en una serie de artículos escritos a lo largo de la última década. Se trata de una teoría que exhibe una elegante sencillez y claridad —que en absoluto hay que confundir con superficialidad— y que se destaca, sobre todo, por su afán integrador. MacCormick trata, en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales; y que se sitúe, en definitiva, a mitad de camino —y son términos utilizados por el propio MacCormick (1978, p. 265)— entre una teoría del derecho ultrarracionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, esto es, son un producto de la voluntad, no de la razón).

La argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumple para MacCormick, esencialmente, una función de justificación. Esta función justificatoria está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues sólo se puede persuadir[3] si los argumentos están justificados, esto es —en el caso de la argumentación jurídica— si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes. Incluso quienes afirman que la argumentación explícita que puede hallarse en las sentencias judiciales está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión, estarían en realidad presuponiendo la idea de justificación; justificar una decisión jurídica quiere decir, pues, dar razones que muestren que las decisiones en cues-

3 MacCormick —en la misma línea que Perelman— atribuye a *persuadir* un sentido subjetivo, mientras que *justificar* implicaría, sobre todo, una dimensión objetiva.

tión aseguran *la justicia de acuerdo con el derecho*. Dicho de otra manera, MacCormick parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación (ya explicada en el capítulo primero), y sitúa su teoría de la argumentación jurídica precisamente en este segundo ámbito. Pero ello no quiere decir tampoco (y recuérdese de nuevo el análisis que se hizo de aquella distinción) que su teoría sea simplemente prescriptiva, sino que, al mismo tiempo, es también descriptiva. No trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino que pretende, además, que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo. En este segundo sentido, su teoría consistiría en la formulación de una serie de hipótesis falsables. Pero falsables ¿en relación con qué práctica?

MacCormick toma como objeto de estudio las decisiones publicadas de los tribunales de justicia británicos (de Inglaterra y de Escocia), pero considera que, en lo fundamental, el modelo puede extenderse a cualquier sistema jurídico (al menos, a cualquier sistema jurídico evolucionado). Por otro lado, las peculiaridades del estilo de los jueces británicos presentan, en su opinión, estas dos ventajas: la primera consiste en que las decisiones se toman por mayoría simple y cada juez tiene que escribir su fallo (a diferencia de la práctica usual en el *civil law* o en otros sistemas de *common law*, como el estadounidense, en donde el ponente redacta una sentencia que expresa el parecer del tribunal en conjunto), lo que hace que aparezcan en forma más clara las diversas soluciones posibles para cada caso difícil; y la segunda consiste en que la ausencia de una carrera judicial hace que los jueces se recluten entre los propios abogados, lo que lleva a que aquellos asuman un estilo menos impersonal y que refleja con más intensidad el hecho de que la argumentación jurídica es esencialmente una controversia (*cfr*. MacCormick, 1978, pp. 8 y ss.).

En fin, justificar una decisión práctica significa necesariamente —como se ha visto— una referencia a premisas normativas. Pero las premisas normativas últimas no son, en opinión de MacCormick, el producto de una cadena de rezonamiento lógico. Ello no quiere decir tampoco que no se pueda dar ningún tipo de razón a favor de unos u otros principios normativos. Se pueden dar, pero estas no son ya razones concluyentes, sino razones que necesariamente implican una referencia a nuestra naturaleza afectiva y que encierran, por tanto, una dimensión subjetiva. A su vez, esto último no impide que se pueda hablar de una razón práctica, en cuan-

to que tales razones no son puramente *ad hoc* o *ad hominem*; no son reacciones puramente emocionales, sino razones que deben poseer la nota de universalidad. Pero, en definitiva, lo esencial es que gente honesta y razonable podría discrepar: lo que nos hace adherirnos a determinados principios antes que a otros es tanto nuestra racionalidad como nuestra afectividad (MacCormick, 1978, p. 270). Toda la teoría de MacCormick sobre la argumentación jurídica —y sobre la argumentación práctica en general— gira realmente en torno a esta tesis.

II. Una teoría integradora de la argumentación jurídica

1. *La justificación deductiva*

MacCormick parte de considerar que, al menos en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter estrictamente deductivo. Para probar su tesis, toma como ejemplo el fallo del juez Lewis J. en el caso Daniels contra R. White and Sons and Tarbard (1938 4 All ER 258). El supuesto es el siguiente. Daniels compra en una taberna a la señora Tarbard una limonada que luego resultó estar contaminada con ácido carbólico, lo que ocasionó perjuicios a la salud del señor Daniels y de su esposa. La venta había sido lo que en el *common law* se denomina una "venta por descripción", pues Daniels había pedido una botella de la marca R. White and Sons. Ahora bien, en una venta de este tipo se entiende que hay una condición implícita de que la mercancía vendida debe ser de calidad comercializable (*merchantable quality*). Quien incumple una tal condición tiene la obligación de responder por los daños y perjuicios ocasionados. En consecuencia, la señora Tarbard debe indemnizar a Daniels.

MacCormick (1987, p. 30 y ss) escribe el fallo en cuestión en forma de una serie de *modus ponens*, cuyo comienzo y final es como sigue:[4]

$p \rightarrow q$ (1) Si una persona transfiere la propiedad de sus mercancías a otra persona por una suma de dinero, entonces existe un contrato de venta de esas mercancías entre ambas partes, llamadas *vendedor* y *comprador* respectivamente.

4 En el apartado III de este mismo capítulo veremos qué criticas se pueden efectuar a esta formalización.

p (2) En este caso, una persona (la señor Tarbard) transfirió la propiedad de un bien (una botella de limonada) a otra persona (el señor Daniels) por una suma de dinero.

$\therefore q$ (3) En este caso, se efectuó un contrato de venta de esa mercancía (una botella de limonada) entre la parte vendedora (la señora Tarbard) y la compradora (el señor Daniels).

$y \rightarrow z$ (16) Si un vendedor ha roto una condición de un contrato cuyo cumplimiento le fue requerido, entonces el comprador está autorizado para obtener del vendedor los daños y perjuicios equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por parte del vendedor (el comprador tiene otros derechos que no vienen aquí al caso).

y (15) En este caso, la parte vendedora ha roto una condición del contrato, cuyo cumplimiento le había sido requerido.

$\therefore z$ (17) En este caso, el comprador está legitimado para obtener del vendedor los daños equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por pare del vendedor.

Algo que importa resaltar aquí es que MacCormick pone buen cuidado en advertir que lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal; es decir, la orden de un juez o de un tribunal que condena a una parte a pagar una cierta cantidad de dinero no es ya un producto lógico, aunque lo que justifique dicha decisión sea precisamente un razonamiento lógico-deductivo.

Ahora bien, a pesar de la anterior cautela, alguien podría afirmar todavía que, de todas formas, la decisión del juez —o la norma concreta en que se apoya— no es lógica, pues significa condenar a la parte vendedora que en el caso en cuestión era *completamente inocente* (así lo entendió el propio juez en el fallo referido), al mismo tiempo que absolver al fabricante de la limonada (R. White and Sons) que al fin y al cabo habría sido el causante de la aparición del ácido carbólico. Ello plantea un par de cuestiones de cierto interés.

La primera es que la expresión *lógica* suele usarse al menos en dos sentidos distintos. En un sentido técnico (el de la lógica deductiva) el pre-

dicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos, con las inferencias; las premisas sólo serían ilógicas si fueran contradictorias. Pero hay otro sentido en el que la lógica viene a equivaler a *justa*. Así, lo que antes se habría querido decir es que la decisión es inconsistente con directrices generales o con principios del derecho, o que va en contra del sentido común; en definitiva, que no habría que haber aceptado alguna de las premisas de la argumentación. El derecho —o, mejor el razonamiento jurídico— puede no ser lógico en el segundo sentido, pero tiene que serlo en el primero (con independencia de que se trate o no de un sistema de *common law*). En definitiva, y aunque MacCormick no emplee esta terminología, lo que quiere decirse con todo lo anterior es que una decisión jurídica cuando menos tiene que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda.

La segunda cuestión que se plantea con el problema anterior es esta. Si el juez no condena al fabricante —sino que lo absuelve— no es porque considere que éste no es responsable, sino porque entiende que el actor no ha podido probar que lo fuera; es decir, no ha podido probar que el fabricante incumpliera con el criterio de cuidado razonable en el proceso de fabricación establecido en un famoso precedente (el caso Donoghue contra Stevensons, de 1932, del que luego se hablará). Según MacCormick, la existencia de reglas de derecho adjetivo que regulan la carga de la prueba (como la que el juez tiene en cuenta aquí) pone de manifiesto la relevancia que tiene la lógica deductiva para la justificación de las decisiones jurídicas. La razón de ello es que de una norma de la forma p—q (si se da el supuesto de hecho p, entonces deben seguirse las consecuencias jurídicas q) y de un enunciado de la forma p (no es el caso, o no ha sido probado, p), no se sigue lógicamente nada. Para poder inferir q, esto es, que no deben seguirse las consecuencias jurídicas q, que, por lo tanto, el fabricante debe ser absuelto, es necesario añadir una nueva premisa de la forma $-p \rightarrow q$ (si no se da el supuesto de hecho p, entonces no deben seguirse las consecuencias jurídicas q), que, justamente, no es otra cosa que la regla de carga de la prueba que el juez tomó en consideración en el fallo comentado.

2. *Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles*

Ahora bien, la justificación deductiva tiene sus presupuestos y sus límites. Un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido; sin entrar en la naturaleza de dicho deber, lo que parece claro es que la justificación deductiva se produce en el contexto de razones subyacentes (*cfr.* Páramo, 1988) que justifican la obligación de los jueces en cuestión (por ejemplo, la certeza del derecho, la división de poderes, etc.) y que, en ocasiones (como en el caso antes comentado) pesan más que el deber de hacer justicia (digamos, justicia en abstracto). Un segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

Pero, además, la justificación deductiva tiene sus límites[5] en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fáticas puede plantear problemas. O, dicho de otro modo, además de casos fáciles (como el caso Daniels), a los jueces se les pueden presentar también casos difíciles. MacCormick efectúa una división cuatripartita de casos difíciles, según que se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica.

Existe un *problema de interpretación* cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (es decir, tenemos una norma de la forma $p \rightarrow q$), pero la norma en cuestión admite más de una lectura (por ejemplo, podría interpretarse en el sentido de $p' \rightarrow q$, o bien $p'' \rightarrow q$). Así, la *Race Relations Act* de 1968 prohibe la discriminación en el Reino Unido sobre la base de color, raza, origen nacional o étnico, pero surgen dudas a propósito de si la prohibición cubre también un supuesto en que una autoridad local establece que sólo los nacionales británicos tienen derecho a obtener una vivienda protegida. Es decir, la norma en cuestión podría interpretarse en el sentido de entender que discriminar por razón de *origen nacional* (incluyendo la nacionalidad actual) es ilegal ($p' \rightarrow q$), o bien en el sentido de que discriminar por razón de *origen nacional* (pero sin incluir la nacionalidad actual) es ilegal($p'' \rightarrow q$); esta última es precisamente la inter-

5 A Alexy no le parece adecuado hablar en relación con esto de *límites* (*cfr.* Alexy, 1980c, p. 122).

pretación aceptada por la mayoría de la Cámara de Lores en el caso Ealing Borough Council contra Race Relations Board (1972 AC 342).

Los *problemas de relevancia* plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma ($p \rightarrow q$) aplicable al caso. El ejemplo que pone MacCormick para ilustrar este supuesto es el caso Donoghue contra Stevenson ([1932] AC 562), en el que se discutía si existe o no responsabilidad por parte de un fabricante de una bebida que, por estar en mal estado, ocasiona daños en la salud del consumidor. Aunque no existía precedente vinculante (pero sí precedentes análogos) cuando se decidió el caso, la mayoría de la Cámara de los Lores entendió que había (digamos, estableció) una regla del *common law* que obligaba al fabricante a indemnizar cuando este no hubiese tenido un cuidado razonable (doctrina del *reasonable care*) en el proceso de fabricación.

Los *problemas de prueba* se refieren al establecimiento de la premisa menor *(p)*. Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado. Así, si se acepta que el testigo es honesto, su memoria confiable, etc.; que la habitación del acusado y la víctima eran contiguas y que ambas aparecieron manchas de sangre; que la cabeza y brazos de la víctima aparecieron en un paquete en el sótano del acusado; que el acusado y otra mujer tenían llave de la habitación de la víctima; de todo ello puede inferirse que el acusado, Louis Voisin, mató a la víctima, Emilienne Gerad.[6] Lo que nos lleva a afirmar esta última proposición no es una prueba de su verdad (pues este tipo de prueba, esto es, que una proposición se corresponda con determinados hechos, sólo cabe en relación con enunciados particulares que se refieran al presente), sino un test de coherencia, el hecho de que todas las piezas de la historia parecen ajustar bien (y que no se ha vulnerado ninguna regla procesal de valoración de la prueba). En seguida se volverá sobre el significado de la noción de coherencia.

Finalmente, los *problemas de calificación* o de *hechos secundarios* se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma. Así, en el caso MacLennan contra MacLennan ([1958] S. C. 105), el señor MacLennan plantea una acción de divorcio

6 MacCormick toma el ejemplo del caso R. contra Voisin ([1981], 1 K. B. 531).

sobre la base de que su esposa ha cometido adulterio, ya que ha dado a luz un hijo después de haber transcurrido once meses sin tener relaciones sexuales con él. La esposa admitió esto último, pero negó que se tratara de un supuesto adulterio (como también lo hizo el juez del caso), pues el hijo había sido concebido utilizando técnicas de inseminación artificial. El problema, pues, podría plantearse así: dado *r*, *s*, *t*, ¿es ello un supuesto de *p* (esto es, se puede hablar de adulterio cuando se utilizan técnicas de inseminación artificial)? Pero cabe también otra forma, lógicamente equivalente a la anterior, de plantear el problema, a saber, como un problema de interpretación: ¿debe interpretarse la norma $p \rightarrow q$ (el adulterio es una causal de divorcio) en el sentido de $p' \rightarrow q$ (el adulterio, incluyendo la utilización de técnicas de inseminación artificial es una causal de divorcio) o de $p'' \rightarrow q$ (el adulterio, sin incluir la inseminación artificial, es una causal de divorcio)?

Ahora bien, aunque los problemas de interpretación y de calificación sean lógicamente equivalentes, hay razones de tipo procesal (que tienen que ver con la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho) para mantener aquella distinción. Por un lado, el recurso de apelación suele estar limitado a las cuestiones de derecho, de manera que sólo cabe dicho recurso si se entiende que el problema en cuestión lo es de interpretación. Por otro lado, si un problema se considera un problema de calificación, esto es, un problema fáctico (por ejemplo, cuando se trata de aplicar criterios como el de *razonabilidad*),[7] ello quiere decir que, de cara al futuro, la decisión que se haya tomado al respecto no tiene valor de precedente.

3. *La justificación en los casos difíciles. El requisito de universidad*

Y el problema que se plantea ahora es el de qué significa argumentar jurídicamente cuando no basta la justificación deductiva. Más exactamente, MacCormick plantea este problema en relación con cuestiones normativas (que, como se ha visto, pueden incluir también los problemas de calificación), pero me parece que la solución que él da se puede extender

7 *Cfr*. MacCormick, 1978, pp. 144 y ss. En MacCormick (1984a, p. 155, nota 69) se precisa que no es del todo suficiente tratar la cuestión de la *razonabilidad* como un simple problema de calificación. Se trataría de un problema complejo, que implica cuestiones de interpretación y de prueba que, además, interaccionan entre sí.

también a los problemas de prueba.[8] Dicho en forma concisa, su tesis consiste en afirmar que justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia) y en relación con el mundo (lo que significa, que el argumento decisivo, dentro de los límites marcados por los anteriores criterios, es un argumento consecuencialista).

El requisito de universalidad, por cierto, está también implícito en la justificación deductiva. Este exige que, para justificar una decisión normativa, se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial). Por supuesto, cuando se justifica una determinada decisión, *d*, hay que ofrecer razones particulares, *A, B, C,* a favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita, además, un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias *A, B, C,* debe tomarse la decisión *d* (*cfr*. MacCormick, 1987). De manera semejante, explicar científicamente un acontecimiento implica no sólo mostrar sus causas, sino también sostener alguna hipótesis de tipo general que enlace las causas con el efecto. En definitiva, MacCormick no estaría más que reproduciendo el esquema de argumentación de Toulmin expuesto en el capítulo anterior: a favor de una pretensión o conclusión hay que aducir no sólo razones concretas (los *data* o *grounds*), sino también la garantía *(warrant),* que permite el paso de las razones a la conclusión.

MacCormick llama a este requisito *exigencia de justicia formal* (de hecho, viene a coincidir con la *regla de justicia formal* de Perelman) y, en su opinión, tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) como, sobre todo, hacia el futuro (por ejemplo, si a propósito del problema de interpretación antes indicado, un ayuntamiento no acepta a *Z* entre las personas que tienen derecho a una vivienda protegida por ser ciudadano polaco y no británico, ello tiene que significar que, en el futuro, no va a aceptar tampoco las solicitudes de españoles, canadienses, etc.). Por otro lado, se trata no sólo de una exigencia normativa, sino también de un postulado que, de hecho, tienen en cuenta los

8 Y, en cierto modo, esto es lo que viene a hacer el propio MacCormick en un artículo posterior a *Legal Reasoning and Legal Theory* (*cfr*. MacCormick, 1984b).

jueces (y MacCormick muestra como, en todos los casos antes mencionados, el principio de universalidad es asumido tanto por los jueces que representan la opinión mayoritaria como por los que defienden el punto de vista de la minoría).

Más importante que lo anterior es que MacCormick, siguiendo a Hare, aclara que *universalidad* no es lo mismo que *generalidad*. Esto es, una norma puede ser más específica que otra, pero ser igualmente universal, pues la universalidad es un requisito de tipo lógico, que no tiene que ver con que una norma sea más o menos específica. Así, en el ejemplo anterior de problema de calificación, puede decirse que la norma $p' \rightarrow q$ (el adulterio, incluyendo la utilización de técnicas de inseminación artificial, es una causal de divorcio) es más general que $p'' \rightarrow q$ (el adulterio, que no incluye la utilización de técnicas de inseminación artificial, es una causal de divorcio), puesto que hay supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de la primera, pero no del de la segunda, aunque ambas tienen carácter universal, pues las dos podrían formularse como un enunciado universal de la forma $xPx \rightarrow Qx$. Precisamente por ello, decidir según criterios de equidad no significa vulnerar el principio de universalidad. Una decisión *equitativa* (en el sentido técnico de esta expresión) implica introducir una excepción en una regla general para evitar un resultado injusto; pero el criterio utilizado en la decisión equitativa tiene que valer también para cualquier otro caso de las mismas características. La equidad, en definitiva, se dirige contra el carácter general de las reglas, no contra el principio de universalidad (*cfr*. MacCormick, 1978, pp. 97 y ss).

En fin, como antes había sugerido, el principio de universalidad cabe aplicarlo también —aunque MacCormick no lo haga o, al menos, no lo haga explícitamente— a los problemas de prueba. Es obvio que los hechos del caso son siempre hechos específicos (la premisa fáctica del silogismo judicial es un enunciado singular o un conjunto de enunciados singulares), pero cuando existen problemas sobre el establecimiento de los hechos, parece claro que entre las premisas del razonamiento que se utilice tiene que existir —explícita o implícitamente— un enunciado universal. Así, a propósito del ejemplo antes puesto, para llegar a la conclusión de que *Louis Voisin mató a Emilienne Gerard* se necesita presuponer un enunciado de tipo universal (digamos, una máxima de experiencia) que podría formularse así: *Siempre que se den los hechos 'X', 'Y', 'Z', es razonable suponer que 'A' causó la muerte de 'B'*.

4. *La justificación de segundo nivel. Consistencia y coherencia*

Lo dicho hasta aquí cierra lo que MacCormick llama justificación de primer nivel, que —como ya se ha indicado— coincide con lo que en el capítulo introductorio se denominó justificación interna. Y el problema que surge ahora es el de cómo justificar la elección de una u otra norma general; ello da lugar a la justificación de segundo nivel (o justificación externa). También aquí hay una analogía con lo que significa en la ciencia explicar un acontecimiento. Una hipótesis científica, en efecto, tiene que tener sentido en relación con el cuerpo existente del conocimiento científico y en relación con lo que ocurre en el mundo. Y aunque ninguna teoría puede ser concluyentemente probada como verdadera mediante un proceso de experimentación, si una teoría resulta corroborada, mientras que la(s) teoría(s) rival(es) resulta(n) falsada(s), ello significa el adherirse a la primera y descartar la segunda (*cfr*. MacCormick, 1978, p. 102).[9] De manera semejante, las decisiones jurídicas tienen que tener sentido tanto en relación con el sistema jurídico de que se trate como en relación con el mundo (lo que significa, en relación con las consecuencias de las decisiones). Y aunque la justificación de una decisión jurídica sea siempre una cuestión abierta (en el sentido de que los argumentos consecuencialistas, como veremos, implican necesariamente elementos valorativos y, por tanto, subjetivos), sin embargo, también aquí cabe hablar de una cierta objetividad a la hora de preferir una u otra norma, unas u otras consecuencias (*cfr*. MacCormick, 1987, pp. 103 y ss.).

Que una decisión tenga sentido en relación con el sistema significa —como ya se indicó— que satisfaga los requisitos de consistencia y de coherencia. Una decisión satisface el requisito de *consistencia* cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas. Y esta exigencia —aunque MacCormick no lo haga— cabe extenderla también a la premisa fáctica; así, cuando existe un problema de prueba, las proposiciones sobre el pasado (el hecho cuya existencia de infiere) no deben entrar en contradicción con las afirmaciones verdaderas sobre el presente. El requisito de consistencia puede entenderse, pues, que deriva, por una parte, de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente y, por otra parte, de la obligación de ajustarse a la realidad en materia de prueba.[10]

9 Como es obvio, MacCormick se está refiriendo aquí a la teoría de la ciencia de Popper.

10 MacCormick no es del todo claro sobre si existe o no este segundo tipo de obligación; sobre

Pero la exigencia de consistencia es todavía demasiado débil. Tanto en relación con las normas como en relación con los hechos, las decisiones deben, además, ser *coherentes*[11] aunque, por otro lado, la consistencia no es siempre una condición necesaria para la coherencia: mientras que la coherencia es una cuestión de grado, la consistencia es una propiedad que, sencillamente, se da o no se da; por ejemplo, una historia puede resultar coherente en su conjunto aunque contenga alguna inconsistencia interna (*cfr*. MacCormick, 1984b, p. 38). ¿Pero qué hay que entender por coherencia?

En primer lugar, conviene distinguir entre *coherencia normativa* y *coherencia narrativa*. Una serie de normas, o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren —cuando se toman conjuntamente— una forma de vida satisfactoria (*cfr*. MacCormick, 1984b). Para MacCormick, principios y valores son extensionalmente equivalentes, pues él no entiende por valor simplemente los fines que de hecho se persiguen, sino los estados de cosas que se consideran deseables, legítimos, valiosos;[12] así, el valor de la seguridad en el tráfico, por ejemplo, se correspondería con el principio de que la vida humana no debe ser puesta en peligro indebidamente por el tráfico rodado. Según esta idea de coherencia, una norma que estableciera (es un ejemplo del propio MacCormick [*cfr*. MacCormick, 1978, pp. 106 y ss]) que los coches amarillos no pueden circular a más de 80 kilómetros por hora (mientras que el límite para los coches de otros colores es, por ejemplo, de 110) no sería inconsistente, pero resultaría incoherente, pues el color, en principio, no parece que tenga nada que ver con los fines o valores que debe perseguir la regulación del tráfico rodado (como serían, la seguridad, el ahorro de combustible, etc.). Naturalmente, la cosa cambiaría si existiera también otra norma que estableciera, por ejemplo, que los coches que tengan más de cierto número de años deben estar pintados de amarillo. La

ello se tratará más adelante a propósito de una crítica que le dirigen Alchourrón y Bulygin (*cfr*. *infra*, apartado III, 1).

11 Comanduci y Guastini (1987, pp. 243 y ss.) traducen el término inglés *coherence* por el italiano *congruenza*; quizás no hubiera sido desacertado hablar en castellano también de *congruencia*, pero no lo he hecho porque me parece que se ha establecido ya un cierto uso a favor de la expresión *coherencia,* que, de todos modos, puede no resultar muy clara.

12 Esto explica que MacCormick no acepte la distinción de Dworkin entre directrices (*policies*), que establecen fines sociales, y principios, que establecen derechos (*cfr*. Dworkin, 1977 y 1985, capítulos 18 y 19).

coherencia normativa es un mecanismos de justificación, porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad —en cuento componente de la racionalidad en la vida práctica— al permitir considerar a las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido; porque promueve la certeza del derecho, ya que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico —pero sí sus principios básicos—; y porque un orden jurídico que fuera simplemente no contradictorio no permitiría guiar la conducta de la gente como lo hace el derecho. Pero se trata de una justificación formalista y relativa. La coherencia puede ser satisfecha por un derecho nazi que parta de la pureza de la raza como valor supremo.[13] En definitiva, la coherencia sólo suministra una justificación débil, una exigencia negativa: ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes que, sin embargo, fuesen entre sí contradictorias.

La coherencia narrativa suminsitra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata, de las mismas. En el ejemplo anterior, la proposición: *Louis Voisin mató a Emilienne Gerard,* resulta coherente en relación con el resto de los hechos considerados probados. Mientras que cuando Sherlock Holmes duda de que el forastero detenido por la policía haya sido en realidad el ladrón del caballo, lo que le mueve a pensar así es que ello le resulta incoherente con el hecho de que el perro que se hallaba en el establo no hubiera ladrado durante la noche, pues los perros acostumbran a ladrar a los forasteros; así pues, resulta más coherente pensar que el ladrón no fue un forastero, sino algún habitante de la casa.[14] El test de coherencia narrativa justifica que asumamos creencias —y rechacemos otras— en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional. Pero la justificación es también aquí simplemente provisional, puesto que los esquemas explicativos son revisables, la información que se deriva de la percepción es incompleta y algunas percepciones son engañosas.

13 Esto, es decir, que la coherencia implique sólo un límite formal, podría discutirse, en tanto que MacCormick —como se indicó— exige que los principios y valores en cuestión configuren una forma de vida satisfactoria, que resulte posible vivir para los seres humanos, teniendo en cuenta cómo son los seres humanos (*cfr*. MacCormick, 1984b, p. 42). De todas formas, MacCormick no es muy explícito a la hora de aclarar qué entiende por "forma de vida satisfactoria".

14 Curiosamente, se trata del mismo ejemplo utilizado por Toulmin para mostrar que la noción de *deducción*, tal y como usualmente se utiliza, no es la de la lógica formal (*cfr*. *supra*, capítulo cuarto, apartado II, 4).

Entre ambos tipos de coherencia existe, como se ha visto, cierto paralelismo, pero también una diferencia importante: la coherencia narrativa justifica creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él; mientras que en el caso de la coherencia normativa no hay por qué pensar en la existencia de algún tipo de verdad última, objetiva, independiente de los hombres. En definitiva, la coherencia es siempre una cuestión de racionalidad, pero no siempre una cuestión de verdad (MacCormick, 1984b, p. 53).

En la idea de coherencia —de coherencia normativa— se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel muy importante en la resolución de los casos difíciles: los *argumentos a partir de principios* y los *argumentos por analogía*. En opinión de MacCormick, los principios se caracterizan,[15] en primer lugar, por ser normas generales, lo que hace que cumplan una función *explicativa* (aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas) y, en segundo lugar, porque tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de *justificación* (si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello significa que es valiosa).[16] En consecuencia, la diferencia entre las reglas y los principios es esta: las reglas (por ejemplo, las reglas del tráfico que ordenan conducir por la derecha, detenerse ante un semáforo rojo, etc.) tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable; mientras que los principios (por ejemplo, el de seguridad en el tráfico) expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta. Los principios son nece-

15 Aquí se separa de Dworkin quien, como se sabe, caracteriza los principios porque: 1) a diferencia de las normas, no se aplican en la forma todo o nada: si se aplica una norma, entonces ella determina el resultado, pero si no se aplica (si es inválida), no contribuye en nada a la decisión; los principios, sin embargo, tienen una dimensión de *peso*, de manera que, en un caso de conflicto, el principio al que se atribuye un menor peso en relación con un determinado caso, no resulta por ello inválido, sino que sigue integrando el ordenamiento; 2)los principios no pueden identificarse mediante el criterio de su origen o pedigree, que es el que se encuentra contenido en la regla de reconocimiento hartiana (que, por tanto sólo permite reconocer las normas) (*cfr*. sobre esto Dworkin, 1977, capítulo 3; Carrió, 1970 y 1981, y Raz, 1984a).

Hay otras dos tesis importantes en las que MacCormik discrepa de Dworkin. La primera es que no considera aceptable la distinción dworkiniana entre *principios* (en cuanto proposiciones que describen derechos) y *diectrices (policies)* (en cuanto proposiciones que describen fines) (*cfr.* MacCormik, 1978, p. 259 y ss). La segunda es que —como más adelante se verá con más detalle— MacCormik no acepta tampoco la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta.

16 Un principio, según MacCormick, puede definirse como "una norma relativamente general que desde el punto de vista de la persona que lo acepta como tal principio es contemplado como una norma general a la que es deseable adherirse y que tiene de este modo fuerza explicativa y justificatoria en relación con determinadas decisiones o con determinadas reglas para la decisión" (MacCormick, 1978, p. 260).

sarios para justificar una decisión en un acto difícil, pero un argumento basado en algún principio no tiene carácter concluyente, como lo tendría si se basara en alguna norma obligatoria. Los principios dependen de valoraciones y suministran una justificación en ausencia de otras consideraciones que jueguen en sentido contrario. Por ejemplo, el principio de *cuidado razonable,* formulado en el caso Donoghue contra Stevenson y aplicado luego en muchos otros supuestos de responsabilidad extracontractual, puede ceder frente a las consecuencias inaceptables que se seguirían para la administración de justicia si se aceptara que los abogados son responsables por el daño previsible resultante para los clientes por una conducta negligente en la forma de llevar el caso (este es el sentido de la decisión de la Cámara de los Lores en el caso Rondel contra Worsley [1968] 1 AC 191).

Los argumentos por analogía poseen también este mismo carácter inconcluyente pues, en realidad, argumentar a partir de principios y por analogía no son cosas muy distintas. La analogía no sería más que un supuesto de uso no explícito —o no tan explícito— de principios. La analogía presupone también la coherencia del derecho, e implica siempre un momento valoratio, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen; se sustentan, precisamente, en razones de principio. Aquí me parece interesante resaltar (aunque MacCormick no establezca, al menos en forma explícita, esta diferencia),[17] que, en realidad hay dos usos distintos del argumento por analogía, según se trate de un problema de relevancia o de un problema de interpretación.[18]

Un uso de un argumento por analogía puede resolver un problema de relevancia sería el siguiente. Quien pierde la vida o resulta herido al tratar de prevenir un daño a otra persona, causado por la acción negligente de un tercero tiene derecho —de acuerdo con una determinada norma del *common law*— a una indemnización por parte del tercero. ¿Pero qué ocurre si lo que se trata de evitar no es un daño físico, sino un daño económico? Razonar por analogía aquí significa afirmar que, puesto que evitar un daño económico es algo semejante a evitar un daño físico, quien pierde la vida o resulta herido al tratar de prevenir un daño económico a otra persona tiene también derecho a indemnización (Steel contra Glasgow Iron and

17 *Cfr.*, sin embargo, MacCormick y Bankowski (1989, p. 49).

18 En Atienza (1988) las he denominado, respectivamente, *analogía material* y *analogía formal*. Prácticamente la misma distinción puede encontrarse en Aarnio (1987, pp. 103-107) con el nombre de *analogía de la norma* y *analogía del caso*.

Steel Co. Ltd. [1944] S. C. 237; *cfr*. MacCormick, 1978, pp. 161 y ss.). El argumento podría escribirse así:

$$\frac{\begin{array}{c} p \rightarrow q \\ r \simeq p \end{array}}{r \rightarrow q}$$

Pero la analogía se usa en otras ocasiones para reoslver un problema de interpretación (*cfr*. MacCormick y Bankowski, 1989a). Por ejemplo, de acuerdo con determinada ley, el delito de incendio se agrava cuando hay una *persona* dentro de la vivienda. Pero, ¿qué pasa si el que está dentro es el propio autor del incendio? El abogado defensor (en el caso R. contra Arthur [1968] 1 Q. B. 810) sostuvo (lo que fue aceptado por el juez del caso) que este supuesto debía quedar excluido, pues en una ley promulgada precisamente en el mismo año que la anterior, se castigaba la acción de causar daño a otra persona, y dicho artículo nunca se había entendido en el sentido de incluir también los supuestos en que uno se causa daño a sí mismo. Aquí, por tanto, no hay duda de cuál sea la norma aplicable, sino de cómo debe interpretarse uno de sus términos. El argumento podría escribirse así:

$$\frac{T}{N_1} = \frac{T}{N_2}$$

$$T \text{ en } N_1 = T'$$

$$T \text{ en } N_2 = T'$$

5. *Los argumentos consecuencialistas*

Pero, como antes se dijo, una decisión —de acuerdo con MacCormick— tiene que tener sentido no sólo en relación con el sistema, sino también en relación con el mundo.[19] Y aunque MacCormick reconoce que en la justificación de una decisión en los casos difíciles lo que se pro-

19 Otra forma de expresar esta idea consiste en afirmar que los jueces, al tomar una decisión, deben mirar no solamente hacia el pasado (esto es, que la misma resulte consistente y coherente), sino también hacia el futuro (hacia las consecuencias) (*cfr*. Aldisert, 1982). La distinción viene a ser la misma que la establecida en Luhmann (1983), pero el concepto de consecuencia de MacCormick no coincide del todo con el del autor alemán.

duce es una interacción entre argumentos a partir de principios (incluyendo aquí el uso de la analogía) y argumentos consecuencialistas (*cfr*. MacCormick, 1978, p. 194), lo que resulta decisivo, en su opinión, son los argumentos consecuencialistas (*cfr*., en particular, MacCormick, 1983, p. 850). Dicho de otra manera, la argumentación jurídica —dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia— es esencialmente una argumentación consecuencialista. Por ejemplo, analizando el caso Donoghue contra Stevenson, MacCormick muestra que la argumentación a favor del criterio mayoritario del tribunal habría sido una argumentación consecuencialista. Así, en el fallo de Lord Atkin, la justificación para aceptar el principio de responsabilidad basado en la idea de *cuidado razonable* es que, en caso contrario, esto es, si no existiera tal principio, las consecuencias serían inaceptables, pues significaría ir en contra de las necesidades de una sociedad civilizada (la necesidad de minimizar el daño), del principio de justicia correctiva (quien sufre un daño debe ser compensado) y del *sentido común* (iría en contra de la moral positiva). Pero también utilizan una argumentación consecuencialista —aunque de sentido contrario— quienes representan la opinión minoritaria: si se aceptara tal principio, entonces habría que extenderlo a la fabricación de cualquier artículo incluido, por ejemplo, la construcción de una casa- lo que, en opinión de Lord Buckmaster, sería absurdo (*cfr*. MacCormick, 1978, p. 113). El caso MacLennan contra MacLennan suministra también otro buen ejemplo de argumento consecuencialista: si se extendieran los supuestos de adulterio hasta abarcar también un supuesto de utilización de técnicas de inseminación artifical, ello significaría aceptar que se puede cometer adulterio con un muerto, lo que no parece ser muy razonable (se trata de un argumento utilizado por Lord Wheatley; *cfr*. MacCormick, 1978, p. 148). Ahora bien, ¿qué es lo que debe entenderse exactamente por *consecuencia* y por *consecuencialismo*?

En primer lugar, conviene distinguir (*cfr*. MacCormick, 1983, pp. 246 y ss.) entre el *resultado* y las *consecuencias* de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida; el resultado, podríamos decir, forma parte del propio concepto de acción, aunque una misma acción pueda describirse como produciendo unos u otros resultados. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él. A su vez, aquí hay que distinguir entre consecuencias conectadas causalmente con el resultado (por ejemplo, la consecuencia de que X haya sido condenado a pagar la canti-

dad Y a Z puede ser la desesperación de X ante la necesidad de reunir dicha cantidad; la condena del juez, cabe decir, es la causa de la desesperación de X) y otras consecuencias remotas que ya no diríamos que están conectadas causalmente con la acción (por ejemplo, como consecuencia de su estado de desesperación, X se vuelve un alcohólico y muere atropellado por un autobús cuando cruza, embriagado, un semáforo en rojo; la muerte de X no la describiríamos ya como consecuencia de la condena del juez). Establecer cuáles sean las consecuencias de una decisión —en los dos sentidos antes indicados— no es sólo algo extraordinariamente difícil, sino que, en general, no suele jugar un papel importante en la justificación de las decisiones, con la excepción de algunas áreas del derecho (por ejemplo, el derecho fiscal), donde es frecuente que se tengan en cuenta las decisiones judiciales —o administrativas— para actuar de una u otra forma en el futuro. Lo que importa son más bien las consecuencias en el sentido de implicaciones lógicas. Más que la predicción de la conducta que probablemente la norma inducirá o desanimará, lo que interesa sería contestar a la pregunta sobre el tipo de conducta que autorizaría o prohibiría la norma establecida en la decisión; en otras palabras, los argumentos consecuencialistas son, en general, hipotéticos, pero no probabilistas. A este tipo de consecuencias, MacCormick, siguiendo una sugerencia de Rudden (*cfr.* Rudden, 1979), las denomina *consecuencias jurídicas*. Y las consecuencias jurídicas —como se ha visto en los ejemplos antes indicados— se evalúan en relación con una serie de valores, como la justicia, el sentido común, el bien común, la conveniencia pública, etc. Tales valores, por otro lado, son, al menos en parte, distintos en cada rama del derecho: por ejemplo, en derecho penal un valor básico es el de la paz o el orden público, mientras que en el derecho de contratos lo será la libertad personal para perseguir determinados fines, etc.

Lo anterior significa que el concepto que maneja MacCormick de consecuencia no coincide con lo que se entiende por tal en la tradición utilitarista. O, dicho de otra forma, si a la concepción de MacCormick se le quiere seguir llamando utilitarista, habría que decir que se trata no solamente de un *utilitarismo de la regla*, sino también de un *utilitarismo ideal*. Esto es, por un lado, de un utilitarismo que no tiene en cuenta únicamente las consecuencias para las partes en una ocasión particular (en esto consistiría el utilitarismo del acto, que chocaría contra el principio de universalidad), sino las consecuencias de la norma en que se basa la deci-

sión; y, por otro lado, de un utilitarismo que no toma en consideración únicamente el valor utilidad (como ocurre con el utilitarismo hedonista de Bentham),[20] sino también otros valores, como los indicados. De esta forma, la concepción consecuencialista de MacCormick puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones substantivas: razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve cierto estado de cosas que se considera valioso) y razones de corrección (una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior). En cierto modo, la orientación conforme a fines y la orientación según un criterio de corrección son dos caras de la misma moneda, pues los fines que hay que tomar en cuenta son, en último término, los *fines correctos* de acuerdo con la rama del derecho de que se trate.[21]

6. *Sobre la tesis de la única respuesta correcta. Los límites de la racionalidad práctica*

Ahora bien, aunque los argumentos consecuencialistas sean los decisivos para justificar una decisión frente a un caso difícil, no son, sin embargo, concluyentes en el sentido de que —según MacCormick— no puede pretenderse que para cada caso difícil existe una única respuesta correcta. Como se indicó en un apartado anterior, MacCormick defiende, en la teoría el derecho y de la argumentación jurídica, una vía intermedia entre el irracionalismo de un Ross y el ultrarracionalismo de un Dworkin. Pero lo que a él le interesa, sobre todo, es mostrar cuáles son sus diferencias con Dworkin y, en particular, hasta qué punto está justificada la crítica de este a Hart y, en general, al positivismo jurídico.

La crítica de Dworkin a Hart, tal y como la entiende MacCormick (*cfr.* MacCormick, 1978, capítulo IX, capítulo X y apéndice; y MacCormick, 1981, pp. 126 y ss.) se condensa en estos cuatro puntos: 1) Hart no da cuenta del papel de los principios en el proceso de aplicación del derecho. 2) Los principios no podrían identificarse a través de la regla de reconocimiento que, como se sabe, en la caracterización del derecho de Hart cum-

20 El utilitarismo de MacCormick no tiene tampoco que ver con el del análisis económico del derecho, que sería una forma de utilitarismo hedonista.

21 La distinción entre estos dos tipos de razones la toma MacCormick de Summers (1978). Esta opinión de MacCormick explica también su oposición a la distinción dworkiniana entre argumentos basados en principios y argumentos basados en directrices, a la que antes se hizo referencia.

ple precisamente el papel de indicar cuáles son las normas —en el sentido más amplio del término— que pertenecen al sistema. 3) La teoría de las normas sociales en que se basa la noción de regla de reconocimiento —y de norma, en general— es insostenible. 4) Hart caracteriza mal la discreción judicial al suponer que, en los casos difíciles, los jueces actúan como cuasilegisladores y ejercen una discreción fuerte. A estas cuatro objeciones, MacCormick responde como sigue.

Ad 1) La importancia de los principios es innegable y esto, en efecto, no resulta claro en la concepción de Hart. Sin embargo, MacCormick rechaza la noción de principio con que opera Dworkin: por un lado, la caracterización de Dworkin ni explica el papel que juegan las reglas en el argumento por analogía, en donde no puede decirse que se apliquen en la forma todo-o-nada; y, por otro lado, en la interpretación las normas a veces entran en conflicto con principios, sin que por ello queden invalidadas.[22] En su lugar, MacCormick —como hemos visto— propone concebir los principios como normas generales que racionalizan reglas.

Ad 2) Los principios no están determinados por la regla de reconocimiento en el sentido de que puede haber más de un principio que sirva como racionalización de un conjunto de normas. Pero las normas sí que se identifican por su origen o pedigree (es decir, mediante la regla de reconocimiento o algo similar a este concepto hartiano) e, indirectamente, también los principios: estos, en efecto, se identifican por la función (explicativa y justificatoria) que desarrollan en relación con las normas. Entre las normas y los principios existiría algo así como un "equilibrio reflexivo" (MacCormick, 1978, p. 245). Y, en cualquier caso, un principio político o moral no sería simplemente por esta razón un principio jurídico, de manera que se puede reconocer el papel de los principios en el derecho (como lo hace MacCormick) sin tener por ello que abandonar el positivismo jurídico en cuanto concepción del derecho que mantiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral.

Ad 3)

22 Estas críticas de MacCormick no parecen, sin embargo, muy convincentes, pues en ambos casos podría decirse que lo que está en juego, en realidad, son principios. Una crítica parecida a la de MacCormick puede encontrarse en Raz (1984a).

Hart —como se sabe— considera que el punto de vista interno es necesario para dar cuenta de las normas, pero, en opinión de MacCormick, sólo presta atención al aspecto cognoscitivo, y no al aspecto volitivo. El componente cognoscitivo del punto de vista interno consiste en valorar y comprender la conducta en términos de los estándares que debe usar el agente como guía para su conducta. Pero, además, existe un componente volitivo que consiste en que el agente, en algún grado y por las razones que a él le parecen buenas, tiene un compromiso para observar un modelo de conducta dado como un estándar para él, para otra gente o para ambos. Este último aspecto es de gran importancia en relación con la aceptación de la regla de reconocimiento que, efectivamente, lleva consigo un compromiso consciente con los principios políticos subyacentes al ordenamiento jurídico. Para los jueces, en definitiva, la aceptación de la regla de reconocimiento y la obligación de aplicar el derecho válido se basa en razones de este segundo tipo, que no pueden ser otra cosa que razones morales.[23]

Ad 4) MacCormick está de acuerdo en que, frente a los casos difíciles, los jueces no gozan de discreción en sentido fuerte, puesto que —como hemos visto— sus decisiones están limitadas por los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. Por otro lado, los jueces tienen autoridad para decidir casos de una manera que puede ser definitiva, pero eso no quiere decir que tengan el poder de decidir sobre qué constituya una buena razón a favor de una decisión; esto es, una decisión judicial puede no estar justificada, aunque contra ella no quepa ya recurso alguno (*cfr*. MacCormick, 1982b, p. 276). Si es a esto a lo que se refiere Dworkin al hablar de discreción en sentido fuerte (*cfr*. *ibidem*, nota 23), entonces, en efecto, los jueces no tienen este tipo de discreción. Pero aceptar esto no implica hacer otro tanto con la tesis de Dworkin de que existe una única respuesta correcta para cada caso, aunque en la práctica no sepamos cuál sea. En opinión de MacCormick,

23 MacCormick no es del todo explícito en este punto (*cfr*. MacCormick, 1987 y 1981, pp. 38 y ss.), pero me parece que su rectificación de la tesis de Hart debe interpretarse así. Afirman claramente que la aceptación por parte de los jueces de la regla de reconocimiento se basa en razones morales tanto Raz (1984, p. 130), como Ruiz Manero (1990, p. 179).

> Dworkin parece presuponer que en el derecho existen sólo desacuerdos de tipo teórico, pero no desacuerdos de tipo práctico. Un ejemplo de *desacuerdo teórico* surge cuando se discrepa sobre cuál es la distancia entre dos ciudades y A afirma que es X y B que Y. un ejemplo de *desacuerdo práctico* sería, sin embargo, el siguiente: A y B poseen una cierta cantidad de dinero que sólo alcanza para comprar un cuadro, pero el orden de preferencias de A es X, Y, Z, mientras que el de B es Z, X, Y. Pues bien, en opinión de MacCormick, en el derecho no sólo existen desacuerdos prácticos reales (conflictos entre derechos), sino que además —por razones fácilmente comprensibles—, existe también la obligación de tener que tomar una decisión (lo que se puede evitar en un desacuerdo como el antes indicado). En tales supuestos, los límites de la decisión están marcados por lo que puede llamarse la racionalidad práctica, pero la razón práctica misma (en contra de lo que parece suponer Dworkin y de la pretensión de Kant) tiene también sus límites. Veamos qué quiere decir esto.

La exigencia más fundamental de la racionalidad práctica es que a favor de una acción debe darse algún tipo de razón, bien sean razones valorativas o bien razones finalistas.[24] Además, en la racionalidad práctica hay una dimensión de temporalidad en el sentido de que la racionalidad de una acción particular está condicionada por su pertenencia a un modelo de actividad a lo largo del tiempo. E igualmente, de la racionalidad práctica forma parte como una racionalidad subjetiva en relación con las creencias subyacentes a la acción (si hago A para lograr X, tengo que creer que A es apropiado para X), como una racionalidad objetiva (esa creencia tiene, además, que estar justificada en el mundo objetivo). Ahora bien, entre las razones que se dan a favor de una acción puede haber conflicto, y ello hace que deban existir también razones de segundo orden que impliquen principios cuya validez se extiende a lo largo de momentos diferentes y que sean aplicables imparcialmente a diferentes agentes y casos. El tipo más simple de razón para hacer algo es el deseo de hacerlo para obtener alguna satisfacción (digamos, una razón finalista), pero esas

24 *Cfr*. MacCormick, 1986. Aquí MacCormick adopta la terminología de Max Weber que, por otro lado, viene a coincidir con la distinción de Summers entre razones de corrección y razones finalistas a que antes se aludió (nota 20).

finalidades son más bien no racionales y tienen que ordenarse con arreglo a principios que establecen gradaciones de fines o que excluyen ciertas finalidades como incorrectas. Al final de un proceso de generalización, llegamos a la construcción de una serie de valores o bienes permanentes donde ya no tiene sentido distinguir entre racionalidad conforme a fines o conforme a valores; o, dicho de otra forma, se trataría simplemente de dos aspectos de una misma compleja realidad.

Precisamente, la propia racionalidad es uno de esos valores permanentes; pero se trata de una virtud *técnica* (se manifiesta en la adecuación de los medios a los fines y en la sistematización de principios para elegir entre razones en conflicto en un conjunto consistente y coherente) y *limitada*, en el doble sentido de que no cabe pretender que existe "un único sistema de principios prácticos y valores que sea, frente a todos los demás, suprema y perfectamente racional" (MacCormick, 1986, p. 17), y de que no se puede justificar racionalmente una opción entre principios y sistemas de vida basándose sólo en la racionalidad. Para ser agentes racionales, necesitamos otras virtudes además de la de la racionalidad, como buen juicio, altura de miras, justicia, humanidad y compasión. No hay por qué pensar que los límites de la racionalidad son permanentes, absolutos y demostrables a priori,[25] pero sí que parece que para descubrir las razones últimas siempre tenderemos que recurrir a otras virtudes humanas aparte de la racionalidad.

De esta concepción de la racionalidad se puede derivar la justificación de que existe un procedimiento jurídico racional que incluye la existencia de normas universales y consistentes, así como de jueces y legisladores. Un procedimiento jurídico de este tipo integra un sistema de racionalidad con arreglo a valores en el sentido de un sistema de racionalidad de segundo orden que suministra razones estables que excluyen actuar incluso según objetivos que parecería racional perseguir en el primer nivel. Pero ningún tipo de procedimiento jurídico racional puede impedir que surjan conflictos de diverso tipo (problemas de interpretación, de calificación, etc.), que —como hemos visto— tendrían que resolverse según los criterios ya examinados de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. Ahora bien, en algún estadio de la argumentación jurídica se llega a elecciones últimas (por ejemplo, entre criterios de justicia

25 Aquí MacCormick recoge una crítica de Haakonssen a su postura en MacCormick (1978) (*cfr.* Haakonssen, 1981).

o bien de utilidad u oportunidad), a favor de las cuales se puede, desde luego, dar razones, pero que no son ya razones concluyentes en cuanto que supone situarse en un nivel prerracional o extrarracional. Por eso, quienes deben adoptar esas elecciones no deberían poseer únicamente la virtud de la racionalidad práctica, sino también otras cualidades, como las ya recordadas de buen juicio, perspicacia, sentido de la justicia, humanidad o valentía. El razonamiento jurídico es, en definitiva, como el razonamiento moral, una forma de la racionalidad práctica aunque —también como la moral— no esté gobernado sólo por ella. MacCormick interpreta la analogía entre el razonamiento jurídico y el moral en el sentido de que, en su opinión, el razonamiento moral no es un caso empobrecido de razonamiento jurídico, sino que el razonamiento jurídico es "un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral" (MacCormick, 1978, p. 272). Ello, por otro lado, encaja perfectamente con su idea de lo que significa aceptar la regla de reconocimiento y la obligación de los jueces de aplicar el derecho vigente.

III. Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick

1. *Sobre el carácter deductivo del razonamiento jurídico*

El aspecto de la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick que ha sido más discutido es, sin duda, el del papel que juega en su modelo la lógica y la deducción (*cfr*. Wilson, 1982; MacCormick, 1982a, Wellman, 1985; MacCormick, 1989; Alchourrón y Bulygin, 1990). Veamos, en concreto, qué críticas se le han formulado a propósito de esta cuestión a MacCormick, y hasta qué punto resultan o no fundadas.

A. *La reconstrucción en términos lógicos del razonamiento judicial*

Una primera es que cuando MacCormick traduce a términos lógicos las argumentaciones del juez Lewis J. en el caso Daniels, lo que está haciendo en realidad es reelaborar la justificación del juez, sobre todo añadiendo elementos a los que contiene el fallo en cuestión. Pero si se lee frase por frase, no hay por qué pensar que la decisión presuponga el mo-

delo lógico-deductivo manejado por MacCormick (*cfr*. Wilson, 1982, pp. 272 y 273). Esta crítica, sin embargo —al menos por sí misma— no me parece que tenga mucho peso. Pudiera ser que MacCormick hubiese reconstruido mal la justificación de esta decisión en concreto, pero la reconstrucción que él presenta, considerada en abstracto, parece perfectamente plausible. Es decir, un juez podría haber razonado precisamente en los términos sugeridos por MacCormick, y ello bastaría para justificar su tesis de que, al menos en algunos casos, el razonamiento jurídicos puede ser reconstruido como una inferencia de tipo deductivo.

B. *Insuficiencia de la lógica proposicional*

Una segunda crítica se refiere a problemas de técnica lógica que aparecen en la reconstrucción efectuada por MacCormick. Por un lado, la utilización de la lógica proposicional no parece ser del todo adecuada para dar cuenta del razonamiento judicial y, de hecho, MacCormick escribe en la simbología de la lógica proposicional lo que, en realidad, tendría que expresar en términos de lógica de pedicados (White, 1979; Wilson, 1982). Por ejemplo, la traducción correcta en términos lógicos de las premisas 1) y 2) del razonamiento recogido en el apartado II sería:

$\wedge$xPx$\rightarrow$ Qx (1) Si una persona transfiere...
Pa (2) En este caso, una persona (la señora Tarbard)...

Por otro lado, podría ponerse en duda hasta qué punto el condicional material ($\rightarrow$) permite conceptualizar adecuadamente la conexión existente entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de la norma (*cfr*. Wilson, 1982, p. 283 y Alchourrón y Bulygin, 1990, p. 17). Ahora bien, este tipo de reproches no afectan a la tesis de fondo de MacCormick quien, por otro lado, reconoce ahora que la deducción jurídica debe reconstruirse en términos de lógica predicativa (MacCormick, 1989).

C. *Deducción y consistencia normativa*

La tercera crítica, que paso a considerar, ha sido formulada por Wellman (1985) y se concreta en la afirmación de que la aceptación de una concepción deductivista del razonamiento jurídico lleva al siguiente dile-

ma. O bien se afirma que en el ordenamiento jurídico no existen inconsistencias lógicas, lo que a este autor —y con razón— le parece insostenible. O bien se acepta la existencia de tales contradicciones, en cuyo caso la tesis deductivista cae por tierra, pues a partir de una serie inconsistente de premisas se puede justificar cualquier conclusión. Los jueces —de acuerdo con Wellman— argumentan en ocasiones de manera que parten de una determinada premisa (p), sin excluir por ello la verdad de otra premisa que está en contradicción con ella (-p).

> Consideremos, por ejemplo, la situación en que existen dos normas jurídicas aplicables, pero en conflicto entre sí, y en que ni las partes argumentan a favor de la segunda, ni ésta es tampoco considerada por el juez. La utilización por parte del juez de la primera no implica la falsedad de la segunda. En realidad, su decisión no significa ni siquiera que la segunda regla sea inaplicable (Wellman, 1985, pp. 72 y 73; *cfr.* también MacCormick, 1989, pp. 24 y ss.).

Ahora bien, en mi opinión, lo que falla en el argumento de Wellman es, precisamente, esta última suposición. Si el juez basa su decisión en la norma *p*, con ello está excluyendo necesariamente que a la misma situación se aplique otra norma que contradiga a *p*. Por supuesto, el juez puede no conocer la existencia de otra norma válida que entra en contradicción con la que él aplica, pero ese es un problema que no tiene que ver con la lógica, con la deducción: su decisión puede estar equivocada por un error de conocimiento (por ejemplo, por basarse en una norma que no tenía aplicación al caso), sin que ello implique que comete también un error de tipo lógico. Esto, claro está, no significa suponer que en un sistema jurídico no puedan existir contradicciones normativas. No sólo existen, sino que, además, el derecho establece normas o principios para resolverlas. Pero lo que parece indudable es que la argumentación del juez (si pretende ser racional) presupone necesariamente que las premisas en que explícita o implícitamente se basa no son contradictorias. Y prueba de que los jueces sumen este postulado de racionalidad es que —en el ejemplo que pone Wellman— si a un juez se le indicara que hay una norma aplicable al caso y que está en contradicción, por ejemplo, con la norma que le propone aplicar la otra parte, él se sentiría, sin duda, en la obligación de justificar por qué acepta una y no otra. Y si no lo hiciera —y la aplicabilidad de ambas normas resultara en principio plausible—, ello sería sin duda un motivo para criticar su decisión.

D. *¿Qué significa subsumir?*

Una cuarta crítica, que le dirigen a MacCormick Alchourrón y Bulygin,[26] se refiere a la caracterización que el primero hace del razonamiento subsuntivo y que a los segundos les parece, cuando menos, poco clara. Para Alchourrón y Bulygin, la subsunción no es un problema específicamente jurídico, sino un problema que afecta al uso empírico del lenguaje en general. El término *subsunción* es ambiguo, pues se refiere a dos problemas diferentes. Uno es el problema de la *subsunción individual*, es decir, el de determinar la verdad de ciertos enunciados individuales contingentes (sintéticos) de la forma *Fa*, donde *F* es un predicado y *a* un nombre propio, esto es, el nombre de un objeto individual. Por ejemplo, la cuestión de si el contrato firmado entre *Y* y *Z* se firmó o no en domingo, o si la bebida contenía o no ácido carbólico. Otro problema distinto es el de la *subsunción genérica*, esto es, el de establecer la relación que existe entre dos predicados. Aquí se discute acerca de la verdad de un enunciado metalingüístico sobre predicados de la forma *F<G* (por ejemplo, los contratos firmados en domingo son sacrílegos, o bien, las bebidas que contienen ácido carbólico no son de calidad comercializable). El enunciado del lenguaje que resulta, $\wedge$xFx$\rightarrow$ Gx, es analítico, pues su verdad se basa en el significado de *F* y de *G*. Las reglas semánticas que determinan el significado de esos predicados pueden existir ya previamente (entonces se trataría de una definición informativa que puede ser verdadera o falsa), o bien pueden ser estipuladas por los jueces (se trataría de una definición estipulativa). Las dificultades para resolver problemas de subsunción (individual o genérica) provienen de dos fuentes: de falta de información fáctica (laguna de conocimiento), o de indeterminación semántica o vaguedad (laguna de reconocimiento).

Ahora bien, yo no veo que quepa hablar de un problema de subsunción genérica por falta de información, salvo que con ello quiera decirse que no hay un uso lingüístico claro (pero entonces se trataría de un problema de indeterminación semántica). Mientras que un problema de subsunción individual por indeterminación podría plantearse también como un problema de subsunción genérica por indeterminación, cuando la indeterminación se refiere al predicado del supuesto de hecho de la norma. Lo que quiero decir, en síntesis, es que la distinción que efectúa MacCormick en-

26 *Cfr*. Alchourrón y Bulygin (1990). La crítica se dirige específicamente contra MacCormick (1989).

tre problemas de prueba, de calificación y de interpretación (dejando, pues, de lado los problemas de relevancia) coincide con la tipología sugerida por Alchourrón y Buygin, de la siguiente manera:

— los problemas de prueba son problemas de subsunción individual por falta de información fáctica;
— los problemas de calificación son problemas de subsunción individual por indeterminación semántica;
— los problemas de interpretación son problemas de subsunción genérica por indeterminación semántica.

El análisis de la subsunción efectuado por Alchourrón y Bulgin puede contribuir quizás a aclarar más las cosas, pero no parece que ellos entiendan la subsunción de manera distinta a como lo hace MacCormick.

E. *Deducción y conceptos indeterminados*

Otra de las críticas —la quinta— tiene que ver con el hecho de que los conceptos no siempre están previamente definidos de manera cerrada. Así, la identificación y clasificación de la limonada como *no comercializable* o la consideración del contrato con un *contrato de venta por descripción* no es fruto de una operación deductiva (*cfr.* Wilson, 1982, pp. 278 y ss.). El juez no partió, por ejemplo, de la definición de *no comercializable* para subsumir en esa categoría a la limonada contaminada, sino que la presencia de ácido carbónico en la limonada es lo que le llevó a clasificarla como de calidad *no comercializable* (*ibidem*, p. 280). Ahora bien, me parece que en el planteamiento de esta objeción se está confundiendo, en realidad, el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Es muy posible que lo que le llevara al juez a clasificar de esa forma la bebida en cuestión fuera, en efecto, la presencia de ácido carbólico, pero yo no veo que exista una manera de justificar ese juicio que no consista en presuponer una definición tal de *no comercializable* que permita incluir (subsumir) en el mismo a una bebida con ácido carbólico. Naturalmente, establecer esa definición —resolver el problema de calificación— no es una operación lógica, que tampoco pretende MacCormick, pues su tesis es que la argumentación jurídica —o la argumentación judicial— es de carácter deductivo, *dados ciertos presupuestos, y dentro de ciertos límites.*

F. *Necesidad lógica y discrecionalidad judicial*

Otra crítica que se le ha formulado a MacCormick (*cfr*., por ejemplo, Wilson, 1982), pero que en mi opinión descansa en una incomprensión del verdadero alcance de su tesis, consiste en lo siguiente. Si uno acepta que la decisión del juez es la conclusión de un proceso deductivo de razonamiento, entonces nadie que desee ser racional puede dejar de aceptarla. Sin embargo, en el ejemplo que maneja MacCormick, la decisión en cuestión no tiene esa necesidad de tipo lógico. Otro juez pudo haber tomado otra decisión y, de hecho, el caso Daniels es discutible: al fin y al cabo, algún dependiente del fabricante tuvo que haber sido muy descuidado para que se introdujera ácido carbólico en la bebida; no parece, pues, que el fabricante haya tenido el "debido cuidado" en el proceso de fabricación (*cfr*. Wilson, 1982, pp. 281 y ss.).

Ahora bien, por un lado, esta crítica parece incurrir en un error que ya se ha aclarado en varias ocasiones: la lógica no determina la decisión como tal; la conclusión de un silogismo práctico no es una decisión, sino una norma que expresa, por ejemplo, que *X debe indemnizar a Y*. Por otro lado, es posible naturalmente que, ante el mismo caso, otro juez concluya que *X no debe indemnizar a Y*, pero eso no quiere decir que la primera conclusión —o la segunda— carezca de necesidad lógica. Tendrá o no necesidad lógica, según que pueda o no derivarse —de acuerdo con las reglas de la lógica— de las premisas de que se partió; y, ciertamente, si se parte de premisas distintas se puede llegar también —con necesidad lógica— a conclusiones contradictorias.

G. *Los juicios de valor en el razonamiento judicial*

La séptima crítica que consideraré ahora se refiere al papel que juegan las valoraciones en el razonamiento judicial. Según Alchourrón y Bulygin, dicho papel es mucho más modesto de lo que supone MacCormick y de lo que, en general, suele suponerse. MacCormick (1989) parte de que se efectúan valoraciones: a) en la determinación de los hechos; b) en la interpretación de las normas; c) en la aplicación de términos valorativos que a veces figuran en normas jurídicas, como *razonable*, *justo* (*fair*), *debido cuidado*, etcétera.

Alchourrón y Bulygin, sin embargo, sostienen lo siguiente. En relación con a), que la valoración aquí (sería un problema de subsunción indivi-

dual) es del mismo tipo que la que tiene lugar en las ciencias empíricas. Al valorar la prueba no se efectúan genuinos juicios de valor; no se trata de una valoración ética, sino de una valoración que podría llamarse epistémica. En relación con b), que los enunciados interpretativos no expresan juicios de valor; la aceptación de una regla semántica sí se basa en un juicio de valor, pero la aplicación de la regla semántica no tiene ya que ver con valoraciones. Y en relación con c), su postura sería como sigue. Con los predicados valorativos (como *bueno*, *correcto*, *justo*, etc.) ocurre algo parecido a lo que pasa con los predicados deónticos, es decir, que son característicamente ambiguos. Hay un uso primario de los mismos que consiste en valorar (lo cual, para Alchourrón y Bulygin, implica algún tipo de aprobación o desaprobación); pero también un uso secundario de términos valorativos, que supone un uso descriptivo o fáctico —pero no valorativo— del lenguaje (por ejemplo, cuando se dice que algo es un buen coche, queriendo decir que satisface los criterios de lo que usualmente se considera un *buen coche*: que alcanza una determinada velocidad, que está construido con materiales de una cierta calidad, que es confortable, etc.). En muchos casos —aunque no en todos— en que los jueces establecen que algo es de *calidad comercializable*, *justo*, etc., no están propiamente valorando, sino recogiendo las valoraciones del grupo social al que pertenecen y aplicándolas a determinados casos; dicho uso puede ser vago, y probablemente sea más vago que cuando se trata de aplicar predicados no valorativos (por ejemplo, *alto*, *firmado en domingo*, etcétera), pero la diferencia es sólo de grado.

En mi opinión, la postura que adoptan Alchourrón y Bulygin resulta en parte clarificadora, pero no me parece que sea enteramente acertada por lo siguiente. En relación con a), pienso que hay una diferencia de gran importancia entre las valoraciones que tienen lugar en la ciencia y las que se efectúan en un proceso de fundamentación jurídica, y que —como se verá en seguida— estos mismos autores tienen en cuenta, pero en otro contexto. La diferencia consiste, sencillamente, en que en el ámbito del derecho, la valoración de la prueba (determinar, por ejemplo que *A* mató a *B*) tiene consecuencias prácticas que están ausentes —al menos normalmente— de la ciencia; el *sentido* de la valoración es, pues, distinto, ya que en el derecho no existe únicamente un interés cognoscitivo, sino también —y fundamentalmente— un interés práctico; nunca se trata sólo de comprobar si *a* es *F*, sino también de considerar qué consecuencias pueda tener el que *a* sea *F*. En relación con b), me parece que lo único que ha-

cen aquí Alchourron y Bulygin es trasladar el problema un paso más atrás: la valoración se plantea en el momento del establecimiento de la regla semántica, pero eso también forma parte del proceso de interpretación de la norma. Y en relación con c), mi opinión es que con este tipo de términos, siempre —o usualmente— se plantea un juicio genuinamente valorativo, pues lo que ocurre normalmente es que existen diversos usos posibles del término (cada uno de los cuales goza de un cierto respaldo por parte del grupo social), por lo que no cabe otro remedio que efectuar una elección, es decir, un juicio que expresa una preferencia. En síntesis, me parece que lo único que vienen a mostrar Alchourrón y Bulygin es que, una vez efectuada la justificación externa (o de segundo nivel), lo que queda es un proceso de tipo lógico (la justificación interna o de primer nivel). Pero esto no es decir nada nuevo en relación con lo que plantea MacCormick.

H. *Verdad y derecho*

La octava crítica—también planteada por estos dos autores— me parece más importante. MacCormick sostiene que en contextos jurídicos, la verdad fáctica depende de lo que establezcan como tal un juez o alguna otra instancia jurídica de determinación de la verdad (MacCormick, 1989, p. 11). Y esto valdría tanto para enunciados singulares —es decir, en relación con la premisa menor— como para enunciados universales —la premisa mayor—, lo que hace que la aplicación de la lógica deductiva sea, incluso, menos problemática en el discurso jurídico que en la ciencia y en el discurso empírico. Si el parlamento declara que los asesinos deben ser condenados a prisión perpetua, entonces es verdadera la proposición del derecho de X de que los asesinos deben ser condenados a prisión perpetua. "Lejos de ser el derecho un campo en que no se aplique la lógica deductiva, su capacidad para establecer proposiciones universales verdaderas hace de él un hogar seguro para la lógica" (MacCormick, 1982a, p. 290).

Dejando por el momento a un lado la cuestión de si las normas pueden ser verdaderas o falsas, cuando MacCormick afirma que "a efectos jurídicos, el valor 'verdad' se adscribe a lo que autoritativamente resulta así certificado" (1989, p. 11), parecería como lo sostienen Achourrón y Bulygin (1990)- que con ello esta confundiendo *verdad* y *prueba*. La verdad de un enunciado empírico, fáctico, depende de las reglas semánticas

usadas y de los hechos a que se refiere el enunciado. Ello —continuán Alchourrón y Bulygin— no significa adherirse a una teoría *cruda* de la verdad como correspondencia (como supone MacCormick), sino a una teoría de la verdad como correspondencia *tout court*. El concepto de verdad que se usa en el derecho es exactamente el mismo que se maneja en las ciencias empíricas. Donde está la diferencia es en relación con la prueba, pues aquí el derecho establece determinadas limitaciones que no existen en la ciencia (por ejemplo, no se admiten todos los criterios; existen límites temporales; existen instituciones que ponen fin a la discusión). La razón para ello es que el derecho no está sólo interesado en la verdad, sino también en resolver conflictos sociales. Por otro lado, el que una decisión sea *final* no quiere decir que sea *infalible*. Tiene sentido decir que una decisión es final (y válida), pero equivocada. Sin embargo, si fuera cierto —como pretende MacCormick y muchos juristas— que la verdad depende de lo que un juez u otra autoridad establece como verdadero, entonces los jueces sí que serían infalibles.[27]

Esta crítica de Alchourrón y Bulygin me parece substancialmente acertada y, además, pone al descubierto un aspecto ideológico de la teoría de MacCormick, del que luego me ocuparé. A pesar de ello, no me parece que se pueda identificar del todo la concepción de la verdad en el derecho y en las ciencias empíricas. Dejando a un lado los problemas de prueba, la obligación que tienen los jueces de buscar (*cfr*. Alchourrón y Bulygin, 1990, p. 8) seguramente no sea de la misma naturaleza que la de los científicos. En ciertos casos podría justificarse que el juez prescinda de la verdad (y vulnere las reglas de la valoración de la prueba) para evitar una decisión que considera injusta; sin embargo, no parece que pueda justificarse el comportamiento de un científico que ignora los hechos que están en contradicción con una determinada conclusión a la que pretende llegar.

I. *Inferencias normativas. Norma y proposición normativa*

La crítica más persistente a la teoría del silogismo judicial —y de la que ya nos ocupamos en el capítulo primero— es la que niega que pueda haber una inferencia entre normas, ya que las normas no tienen valor de

27 Como antes se ha visto (apartado II, 6), MacCormic k sostiene expresamente que una decisión judicial puede ser definitiva (en el sentido de que contra ella no cabe ya recurso alguno), y, sin embargo, no estar justificada.

verdad. A esta crítica (*cfr*. White, 1979, y Wellman, 1985), MacCormick ha contestado negando este último supuesto, es decir, afirmando el valor de verdad de las normas. El acto de dictar una ley o una sentencia no tiene valor de verdad. Pero si el acto es válido, y dentro del universo jurídico del discurso, "un enunciado que expresa correctamente los términos de una regla jurídica válida es un enunciado verdadero del derecho que tiene como contenido una proposición verdadera del derecho" (MacCormick, 1982a, p. 290). Ahora bien, en este y en otros pasajes, MacCormick parece realmente estar confundiendo las *normas* y las *proposiciones normativas*, las formulaciones de normas y las formulaciones de proposiciones normativas. Si se parte de esta distinción (entre norma y proposición normativa), y puesto que un mismo enunciado no puede interpretarse al mismo tiempo como una norma y como una proposición normativa, las cosas quedarían como sigue (*cfr*. Alchourrón y Bulygin, 1990). Si la premisa mayor del silogismo judicial se interpreta como una proposición normativa, entonces: a) puesto que una proposición normativa es una proposición fáctica, de ahí no puede pasarse (junto con otra norma; b) el silogismo carecería también de premisa universal, pues las proposiciones normativas no son universales, sino existenciales: enuncian que existe una norma que establece tal y cual cosa. Si, por el contrario, la premisa mayor se interpretara como una norma, entonces el problema estriba en que las normas no son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas (esta última sería, en el fondo, la tesis aceptada por MacCormick). Ello no significa negar que quepa una deducción entre normas, pero habría que definir la noción de deducción (y también las conectivas lógicas y la noción de contradicción) sin recurrir a la verdad.[28]

J. *¿Es necesaria una lógica de las normas?*

La décima crítica que consideraré ahora está estrechamente conectada con la anterior. Se refiere a la idea de MacCormick —que, por otro lado, tampoco es novedosa en la teoría del derecho (*cfr*. Klug, 1990)— de que para dar cuenta del razonamiento judicial no se necesita recurrir a la lógica de las normas o lógica deóntica. Según MacCormick (1989), bastaría con utilizar una lógica de predicados en la que hubiese cuatro tipos de predicados: 1) predicados puramente descriptivos; 2) predicados descrip-

28 Para la construcción de una *lógica sin verdad*, *cfr*. Alchourrón y Martino (1990).

tivo-interpretativos; 3) predicados valorativos; 4)predicados normativos. En relación con este último tipo, MacCormick opina que las oraciones con predicados normativos (como *tener derecho a*, *estar obligado a*, etc.) son verdaderas o falsas, pero al mismo tiempo tienen significado normativo. Como hemos visto, esta pretensión esta equivocada y deriva de no haber distinguido con claridad entre normas y proposiciones normativas. Como afirman Alchourrón y Bulygin (1990), un mismo enunciado puede expresar, según los contextos, una norma o una proposición normativa, pero no las dos cosas al mismo tiempo. Para dar cuenta de las normas se necesita una genuina lógica de las normas. La lógica de predicados, o incluso la lógica proposicional, puede ser suficiente para dar cuenta de muchos razonamientos judiciales, pero si se desea, por ejemplo, construir sistemas expertos de alguna significación práctica, se requiere contar con una lógica de las proposiciones normativas y con una lógica de las normas, al tiempo que habría que recurrir también a la lógica modal atlética y a una lógica que no opere con el condicional material, lo que se conecta con la idea de que las obligaciones jurídicas son obligaciones *prima facie*. De todas formas, Alchourrón y Bulygin están de acuerdo con MacCormick en que basta con la lógica deductiva clásica y en que no se necesita recurrir, por ejemplo, a lógica —delibitando sus requisitos— para dar cuenta de razonamientos que serían inválidos desde el punto de vista deductivo, pero que, desde el punto de vista del sentido común, parecen perfectamente correctos. Según Alchourrón y Bulygin, muchos de estos razonamientos pueden explicarse con la lógica ordinaria —monotónica— y mediante la explicitación de premisas suprimidas o implícitas.

Aunque aquí no sea el momento de entrar en detalles sobre esta cuestión (detalles que, por otro lado, tampoco ofrecen los autores repetidamente mencionados), a mí me parece, sin embargo, que la lógica deductiva clásica no resulta del todo adecuada para representar los razonamientos prácticos en general, y los razonamientos jurídicos en particular. Para decirlo muy rápidamente, su mayor defecto es que no es capaz de dar cuenta de la relación *ser un argumento a favor de* y *ser un argumento en contra de,* que no puede reducirse a la noción clásica de consecuencia lógica (es, efectivamente, una noción más débil), pero que es lo que caracteriza a la argumentación en el terreno de lo que suele denominarse razón práctica (*cfr*. Von Savigny, 1976, e *infra*, capítulo séptimo, apartado III).

K. *El ámbito de la deducción*

La última crítica a la tesis deductivista de MacCormick se refiere al ámbito en que opera la deducción. Por un lado, en la mayor parte de las ocasiones, lo que resulta central en la argumentación jurídica es la aceptación o rechazo de la prueba, esto es, el establecimiento de la premisa menor (*cfr*. Wilson, 1982, p. 283; Aldisert, 1982, pp. 386-7). El que esto no tenga lugar mediante un proceso deductivo no quiere decir —como vimos en el capítulo primero— que la deducción no juegue aquí ningún papel. Por otro lado —y esto es más importante que lo anterior—, la tesis de MacCormick de que en algunos casos la justificación jurídica tiene un carácter estrictamente deductivo parece que tiene también como presupuesto la distinción entre casos claros y casos difíciles. Lo que sostiene MacCormick es que, a diferencia de lo que ocurre en los casos difíciles, en los casos claros la justificación de una decisión es simplemente una cuestión de lógica. Pero el problema es que el propio MacCormick pone en cierto modo en cuestión esta distinción, o al menos reduce su importancia práctica. Por un lado, entiende que no cabe trazar una línea que separe claramente los casos claros de los difíciles en el sentido de que la distinción se da como un continuo, de manera que existe una amplia zona de vaguedad (MacCormick, 1978, p. 197; Harris, 1980, p. 103). Por otro lado, MacCormick parece sostener que sólo serían realmente claros aquellos casos en que concebiblemente no puedan surgir dudas respecto a la interpretación de la norma o a la calificación de los hechos. Sin embargo, él mismo considera que es difícil encontrar ejemplos de ello (incluso en el caso Daniels se planteó la cuestión —aunque el juez la rechazara "expeditiva y correctamente" en opinión de MacCormick— de si la venta de la limonada fue o no una "venta por descripción") (MacCormick, 1978, pp. 199-299 y 197-8). Ahora bien, si esto es así, entonces es difícil comprender en qué sentido puede servir la deducción de justificación. Esto es, en la medida en que la verdad o la corrección de las premisas sea una cuestión dudosa, la lógica deductiva no podrá proporcionar más que una justificación dudosa.

2. *Un análisis ideológico de la teoría*

Una segunda crítica general que se le puede dirigir a MacCormick se refiere al carácter ideológicamente conservador de su teoría, en cuanto que la misma tiene un sentido fuertemente justificatorio en relación con

la práctica de la aplicación del derecho (especialmente por parte de los jueces británicos). O, dicho de otra manera, el hecho de que su teoría pretende ser al mismo tiempo descriptiva y prescriptiva parece plantear algunos problemas.

A. *El ámbito de la argumentación*

En primer lugar, aquí se podría aplicar también una crítica que hemos visto a propósito de Perelman. Al centrarse en las decisiones de los tribunales superiores, una concepción como la de MacCormick produce también cierta distorsión del fenómeno jurídico, en cuanto que hace aparecer el aspecto argumentativo de la práctica jurídica como si poseyera mayor importancia de la que realmente tiene. Por otro lado, esta delimitación del campo de investigación explica también el relativo abandono de la argumentación en relación con los hechos —los problemas de prueba—, a pesar de que tienen una importancia decisiva en la mayor parte de las decisiones jurídicas. En definitiva, podría decirse que MacCormick sólo da cuenta de un aspecto bastante parcial de la argumentación jurídica.

B. *¿Se pueden justificar deducciones* contra legem*?*

En segundo lugar, la teoría de la interpretación plasmada en *Legal Reasoning and Legal Theory* parece sugerir que nunca podrían estar justificadas decisiones completamente innovadoras (Harris, 1980, p. 205). MacCormick, en efecto, parte ahí de la existencia de una presunción a favor de la interpretación literal o interpretación de acuerdo con el sentido más obvio del texto. Y esa presunción sólo puede romperse si: 1) la interpretación *menos obvia* por la que se opta se mantiene, sin embargo, dentro del significado posible del texto; y 2) existen buenas razones (consecuencialistas, a partir de principios, o de ambos tipos) a favor de ello. En un trabajo posterior (MacCormick y Bankowski, 1989), sin embargo, MacCormick parece haber desarrollado —y modificado— algo su concepción de la interpretación. En su opinión, existen tres niveles de interpretación: el nivel semántico o lingüístico, el nivel contextual y el nivel valorativo y consecuencialista. Los argumentos lingüísticos tiene prioridad en el proceso interpretativo, pero requieren suplementación con argumentos que establecen el contexto de la interpretación, sea en la dimensión diacrónica

(argumentos genéricos o históricos), sea en el aspecto sincrónico (argumentos sistemáticos, en general). La elección final entre interpretaciones rivales tiene lugar de acuerdo con argumentos consecuencialsitas. El argumento lingüístico que fija el significado posible de los textos es esencial en todo caso, pero puede ser rebasado y dar lugar así a una interpretación *contra legem*. Este último tipo de interpretación puede admitirse cuando el texto contiene una contradicción lógica, de tal forma que no hay ninguna lectura posible que pudiera obviarla, pero también cuando existe un absurdo axiológico, esto es, cuando la interpretación lingüística de la ley hiciera que resultara autofrustante en relación con sus propios objetivos, o bien irrealizable, o fuera totalmente en contra de principios jurídicos o de la justicia en abstracto o del sentido común (MacCormick y Bankowski, 1989, p. 52). De todas formas, MacCormick habla de esta última posibilidad con gran cautela, y su misma aceptabilidad le parece que es algo controvertido (*ibidem*, p. 53).

C. *Conflictos entre los diversos requisitos de la racionalidad*

En tercer lugar —y esta crítica, en realidad, se conecta muy estrechamente con la anterior— MacCormick no ha prestado la suficiente atención a los posibles conflictos que pueden surgir en la utilización de los distintos requisitos de la argumentación jurídica racional. Así, él habla de que usualmente existe una interacción entre argumentos de coherencia y argumentos consecuencialistas, pero al mismo tiempo desdibuja también la distinción entre unos y otros. Por un lado, pretende que las decisiones jurídicas deben tener sentido en relación con el sistema (argumentos de coherencia) y en relación con el mundo (argumentos consecuencialistas), pero, por otro lado, entiende las consecuencias de tal manera que estas se definen en realidad en relación con el sistema; la apertura de la argumentación jurídica hacia el mundo social y hacia las ciencias sociales es, pues, más aparente que real; los posibles conflictos entre el sistema jurídico y el sistema social quedan, así, eliminados.

MacCormick tampoco presta mucha atención (salvo, tangencialmente, en relación con el problema de la interpretación) a otro tipo de conflictos que pueden surgir entre el requisito de consistencia y el de coherencia. Él parece partir de que los argumentos de coherencia siempre tienen como límite el requisito de la consistencia. Pero, ¿son —o deben ser— las cosas

siempre así? ¿No podría justificarse nunca una vulneración del principio de consistencia (en relación con las normas o con los hechos) en aras de una mayor coherencia? ¿No cabría nunca el uso de una argumentación analógica o a partir de principios, que dejara sin aplicar alguna norma *obligatoria*?

D. *"Justicia de acuerdo con el derecho"*

En cuarto lugar, MacCormick señala muy claramente que la idea que debe regir —y que rige de hecho— la conducta de los jueces es la de hacer "justicia de acuerdo con el derecho", lo que se conecta también con su afirmación de que el razonamiento jurídico es un tipo especial de razonamiento moral y de que los jueces aceptan la regla de reconocimiento por razones morales. Pero, ¿es posible hacer justicia siempre de acuerdo con el derecho? ¿Cómo podría utilizar la teoría de MacCormick un juez enfrentado con un caso respecto del cual opinara que el derecho positivo, como tal, no provee una solución justa? ¿Hasta qué punto debe un juez o un aplicador del derecho en general ser fiel al sistema jurídico del que forma parte? ¿Cuáles serían, en definitiva, los límites que MacCormick llama la "ética del legalismo", esto es, la exigencia de que las cuestiones objeto de regulación o de controversia jurídica tienen, en la medida de lo posible, que tratarse de acuerdo con reglas predeterminadas de considerable generalidad y claridad, lo que significa también que se prescinde de debatir los aspectos substantivos del problema? (*cfr*. MacCormick, 1989b).

3. *Sobre los límites de la razón práctica*

La tercera crítica de tipo general que se puede dirigir a la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick se refiere a su concepción de la razón práctica y, en particular, al papel que juega en la resolución de las cuestiones prácticas el elemento subjetivo o emotivo. ¿Es, en definitiva, convincente su propuesta de conciliar razón y pasión?

A. *Desacuerdos teóricos y desacuerdos prácticos*

En primer lugar, la afirmación de MacCormick de que en la argumentación jurídica el papel de la razón es limitado porque en el derecho exis-

ten no sólo desacuerdos teóricos, sino también desacuerdos prácticos, parece realmente discutible. Haakonssen (1981) ha argumentado, en forma que me parece convincente, que la anterior tesis de MacCormick es ambigua y que, en realidad, es el resultado de no haber distinguido con claridad entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo de la argumentación.[29] Esto es, una cosa es el problema de la *justificación racional* de conclusiones normativas (aspecto objetivo) y otra cosa, el problema de la *motivación* del razonamiento práctico (aspecto subjetivo). De la idea de que existen desacuerdos puramente prácticos en el nivel subjetivo (no conocemos cuál sea la respuesta correcta en un determinado caso, y de ahí que haya que romper la cadena de razonamiento y tomar una decisión), MacCormick infiere que también existe dicho desacuerdo en el nivel objetivo (en los casos difíciles, no hay una única respuesta correcta).[30] Ahora bien, que existan desacuerdos prácticos en el sentido subjetivo parece ser una afirmación puramente trivial. Pero que existan en sentido objetivo resulta ser simplemente falso. Esto último es así porque desde el punto de vista objetivo de la justificación racional de una decisión, nunca podemos conocer si un desacuerdo es especulativo o práctico. La razón para ello es que no podemos probar que no exista una teoría que permita comparar los estándares que utilizan quienes mantienen puntos de vista enfrentados (por ejemplo, entre las preferencias de las dos personas que trataban de ponerse de acuerdo para comprar un cuadro).[31] Ahora bien, si existiera tal teoría (y esto es algo que no puede ni afirmarse, como hace Dworkin, ni descartarse, como hace MacCormick), el desacuerdo sería entonces puramente especulativo, esto es, se resolvería independientemente de las razones subjetivas de las partes.

B. *El pluralismo axiológico y sus límites*

En segundo lugar, aceptado que la existencia de desacuerdos puramente prácticos no puede probarse por referencia a la base emotiva o afectiva de nuestros compromisos valorativos, MacCormick pretende justificarla

29 Por lo demás, el propio MacCormick (1982, p. 504) ha aceptado esta crítica.

30 Dworkin comete el mismo error, pero en sentido contrario: de la existencia de un desacuerdo genuino en el nivel subjetivo, infiere que existe una respuesta correcta en el nivel objetivo (Haakonsen, 1980, p. 501).

31 Por otro lado, el ejemplo de MacCormick es un tanto sesgado, pues también en el campo estético se admite con mayor facilidad que existen juicios puramente subjetivos.

basándose en la existencia de una pluralidad de valores que deben considerarse razonables. Tal y como lo entiende MacCormick, el pluralismo vendría a significar que las cosas que son buenas, lo son en sentidos distintos y mutuamente no derivables, lo que significa que no son concreciones de un *summum bonum* (*cfr*. MacCormick, 1981, p. 507). Por lo tanto, diferentes planes de vida pueden asignar razonablemente diferentes prioridades a diferentes bienes o elementos del bien, lo que significa que diferentes opciones subjetivas pueden ser objetivamente razonables (*ibidem*, p. 508). Pero con ello, a MacCormick se le plantea el mismo problema que hemos visto que se le planteaba a Perelman, y para el cual propone también una solución semejante a la de este: puesto que ante un caso difícil caben diversas soluciones razonables, y puesto que es necesario tomar una decisión, el criterio de corrección termina siendo el de la autoridad: "Lo que la autoridad o la mayoría dice es *eo ipso* la respuesta correcta con la única condición de que caiga dentro del ámbito de las respuestas posibles a favor de las cuales pueden darse buenas razones independientemente de las preferencias de la autoridad o de la mayoría" (*ibidem*, p. 507). Teniendo en cuenta que los criterios de racionalidad práctica que propone MacCormick son, por así decirlo, criterios mínimos, lo anterior quiere decir que en los casos controvertidos puede considerarse que existirán siempre "buenas razones" a favor de las diversas soluciones en presencia, y de ahí que haya que aceptar como correcta la del juez, la de la autoridad. Pero entonces, ¿para qué sirve, desde el punto de vista ideológico, una teoría como la de MacCormick, sino para justificar lo que los jueces hacen de hecho? ¿No puede determinarse el concepto de razón práctica más allá de lo que lo hacen los requisitos de universalidad, consistencia y coherencia? O, dicho de otra manera, ¿no puede introducirse alguna instancia de tipo objetivo que permita optar entre unos u otros valores y que muestre, por tanto, cuáles son las consecuencias *más aceptables* dentro de los límites anteriores?

C. *El espectador imparcial*

MacCormick —en tercer lugar— sugiere en ocasiones un criterio para contestar a esta última cuestión, que consiste en apelar al espectador imparcial de Adam Smith (quien, por otro lado, parece haber tomado esta idea de Hume), esto es, a un ser ideal, plenamente informado e imparcial,

con respecto al cual tendríamos que contrastar nuestras respuestas emocionales; de esta forma nos encontraríamos por lo menos con un criterio *cuasiobjetivo* (*cfr*. MacCormick, 1987, p. 104). Pero esto plantea también algunos problemas.

Por un lado, MacCormick es aquí un tanto ambiguo, pues en algunas ocasiones parece considerar que el criterio del espectador imparcial (criterio que él parece asimilar al del *auditorio universal* de Perelman) sólo serviría en relación con los problemas relativos a la apreciación de la prueba, pero no en relación con los problemas de interpretación (*cfr*. MacCormick, 1984a, pp. 155-6), mientras que otras veces extiende este criterio también a la evaluación de las consecuencias, esto es, a los problemas interpretativos (MacCormick, 1987, pp. 104-5). Por otro lado, la referencia al espectador imparcial —por tanto, a una instancia idealno encaja, en mi opinión, bien con la tesis anterior de que la opinión de la autoridad o de la mayoría —por tanto, una instancia real— debe considerarse que expresa la respuesta correcta si en favor de la misma existen *buenas razones*; el requisito de las *buenas razones* parece ser sencillamente menos fuerte que el contenido en la referencia al espectador imparcial (por ejemplo, podrían existir buenas razones a favor de una determinada decisión aunque, al mismo tiempo, no fuese una decisión plenamente informada y, en consecuencia, no fuese ésa la que adoptara un espectador imparcial), de manera que me parece que en muchos —o, al menos, en algunos— casos controvertidos podrían existir buenas razones en favor de la decisión de la mayoría, aunque un espectador imparcial se inclinaría más bien por otra decisión (por ejemplo, por la de la minoría) a favor de la cual, naturalmente, también podrían aducirse buenas razones. Finalmente, la apelación a una instancia ideal como criterio último de racionalidad en la esfera de las cuestiones prácticas podría proseguirse más allá de lo que significa la noción de espectador imparcial. En particular, podría pensarse en pasar de una instancia monológica a una instancia dialógica del tipo, por ejemplo, de la comunidad ideal de diálogo de Habermas. Y, precisamente, esta última noción constituye una de las bases de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy que, como ya he anticipado, presenta analogía muy fuertes con la concepción de MacCormick, y a la que se dedicará el siguiente capítulo.

CAPÍTULO SEXTO

ROBERT ALEXY: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO DISCURSO RACIONAL 149

I. Introducción 149
1. Planteamiento general: argumentación práctico-general y argumentación jurídica 149
2. La teoría del discurso de Habermas 150

II. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy 154
1. La teoría del discurso como teoría procedimental. Fundamentación de las reglas del discurso 154
2. Las reglas y formas del discurso práctico general 157
3. Los límites del discurso práctico general 162
4. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. La teoría de la argumentación jurídica 164
5. Los límites del discurso jurídico. El derecho como sistema de normas (reglas y principios) y de procedimientos . 172

III. Una crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy 176
1. Crítica a la teoría del discurso en general 177
2. Críticas a la teoría del discurso jurídico 190

CAPÍTULO SEXTO

ROBERT ALEXY: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO DISCURSO RACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento general: argumentación práctico-general y argumentación jurídica*

Como ya se ha indicado varias veces —y ahora habrá ocasión de comprobar—, la teoría de la argumentación jurídica formulada por Alexy en su *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründun* (Alexy, 1978a) y desarrollada y precisada —pero no modificada— después en numerosos artículos,[1] coincide substancialmente con la de MacCormick. Ambos han recorrido, cabría decir, la misma vía, pero en sentidos opuestos. MacCormick —como se ha visto— parte de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones tal y como de hecho tienen lugar en las instancias judiciales y, a partir de ahí, elabora una teoría de la argumentación jurídica que acaba por considerar que forma parte de una teoría general de la argumentación práctica. Alexy, al contrario, arranca de una teoría de la argumentación práctica general que proyecta luego al campo del derecho (*cfr*. Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, p. 260); el resultado al que llega, la tesis central de su concepción, consiste en considerar el discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Esta diferente aproximación hace que la concepción de Alexy esté, en cierto modo, más alejada de la práctica real de la argumentación jurídica que la de MacCormick,[2] pero, a cambio, se trata de una

1 Véase la bibliografía de Alexy al final del libro.

2 Véase, sin embargo, Alexy (1980a), donde efectúa un pormenorizado análisis de una decisión concreta; también Alexy (1986).

teoría más articulada y sistemática. En cualquier caso, y al igual que MacCormick, Alexy no pretende elaborar simplemente una teoría normativa de la argumentación jurídica (que permita distinguir los buenos de los malos argumentos), sino una teoría que sea también analítica (que penetre en la estructura de los argumentos) y descriptiva (que incorpore elementos de tipo empírico).[3] Esto, por otro lado, no deja de plantear —como luego se verá— algunos problemas a la teoría.

A fin de elaborar un bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general como paso previo para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica, Alexy utiliza fuentes muy variadas: diversas teorías de la ética analítica (especialmente, las de Hare, Toulmin y Baier), la teoría del discurso de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlange y la teoría de la argumentación de Perelman.[4] Pero, de todas ellas, la influencia fundamental es, sin duda, la de Habermas. La teoría de Alexy viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso habermasiana y, por otro lado, una extensión de esa tesis al campo específico del derecho.

2. *La teoría del discurso de Habermas*

Habermas parte, como Toulmin y Perelman, de un concepto amplio de razón, lo cual le permite sostener la tesis de que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente. Como ha escrito McCarthy, el más autorizado comentarista de Habermas:

> Su posición es que las innegables diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y la de la argumentación práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad; que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas "mediante razón", mediante la fuerza del mejor argumento; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado "racionalmente motivado", la expresión de una "voluntad racional",

3 Aquí existe, sin embargo, cierta ambigüedad. En su *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy indica que la teoría del discurso racional es una teoría *normativa* (1978a, p. 178). En su artículo conjunto con Aarnio y Peczenick, la define como una "normative-analytic theory" (Aarnio-Alexy-Peczenick, 1981, p. 260). Y en un breve trabajo posterior (1978a) sugiere que incluye los tres aspectos: orientada hacia cuestiones normativas, útil desde una perspectiva analógica e informada empíricamente (p. 2).

4 Alexy dedica la primera parte de su obra (1978a) a una exposición detallada y parcialmente crítica de estas concepciones.

> un consenso justificado, garantizado o fundado; y que, en consecuencia, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de este término (McCarthy, 1987, p. 360).[5]

Ese sentido lato de verdad es el que viene fijado en su teoría consensual de la verdad, que se contrapone a la teoría de la verdad como una correspondencia, esto es, a las concepciones que entienden la verdad como una correspondencia entre enunciados y hechos. De acuerdo con Habermas:

> Sólo puedo [...] atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que *pudiera* entrar en discusión conmigo atribuyese el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiere encontrar si mi vida fuere coextensiva con la historia del mundo humano). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás (Habermas, 1989a, p. 121).

Ahora bien, aunque en un sentido amplio los enunciados normativos serían, como los descriptivos, susceptibles de verdad, en un sentido estricto, los primeros[6] no serían exactamente verdaderos o falsos, sino correctos e incorrectos.[7] Para entender su concepción, debe tenerse en cuenta que, en relación con las teorías más usuales sobre la verdad, Habermas traslada este concepto desde el nivel semántico (la verdad en cuanto referida al sentido de las proposiciones o de las normas) al nivel pragmático (la verdad en cuanto referida a los actos que se realizan al decir algo: afirmaciones, promesas, mandatos, etc.); o, dicho de otra manera, su teoría supone un paso desde el nivel locucionario al nivel ilocucionario del lenguaje.[8]

5 Para una exposición de conjunto de la obra de Habermas, puede verse, además de este libro de McCarthy, Mardones (1985). Una breve y clara exposición de las ideas fundamentales de Habermas puede encontrarse en Giddens (1985); *cfr*. también Cortina (1985).

6 Por *enunciados normativo*s se entienden aquí enunciados que expresan normas y juicios de valor. No se trata pues de las *proposiciones normativas* en el sentido de enunciados que *describen* normas —y juicios de valor— que, obviamente, pertenecen a la primera categoría y son susceptibles de verdad/falsedad en sentido estricto.

7 Traduzco la palabra alemana *Richtigkeit* por *corrección* (y *richtig* por *correcto*). En las versiones castellanas de Habermas (en particular en las traducciones de Manuel Jiménez Redondo) se traduce *rectitud*.

8 Sobre la teoría de los actos de habla o de lenguaje (uno de los pilares en que descansa la concepción de Habermas), *cfr*. Austin (1982) y Searle (1986).

La base de la teoría de Habermas es una pragmática universal que trata de reconstruir los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje. Según Habermas, en todo acto de habla (afirmaciones, promesas, mandatos, etc.) dirigido a la comprensión mutua, el hablante erige una pretensión de validez *(eine Anspruch auf Gültichkeit)*, es decir, pretende que lo dicho por él es válido o verdadero en un sentido amplio. Pero esa pretensión de validez significa cosas distintas según el tipo de acto de habla de que se trate. En los actos de habla constatativos (como afirmar, referir, narrar, explicar, predecir, negar, impugnar) el hablante pretende que su enunciado es verdadero. En los actos de habla regulativos (como los mandatos, las exigencias, las amonestaciones, las excusas, las recomendaciones, los consejos), lo que se pretende es que lo mandado, exigido, etc. es correcto. En los actos de habla representativos (como revelar, descubrir, admitir, ocultar, despistar, engañar, expresar) se pretende que lo que se expresa es sincero o veraz. Por otro lado, con cualquier acto de habla se plantea una pretensión de inteligibilidad. En definitiva, en los actos de habla consensuales (los que tienen como meta la obtención de un consenso o acuerdo) se presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez:[9]

> El hablante tiene que elegir una expresión *inteligible* para que el hablante y el oyente puedan *entenderse entre sí*, el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional *verdadero* para que el oyente pueda *compartir* el saber del hablante; el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones *verazmente* para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confiar en él); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión *correcta* en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan *coincidir entre sí* en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido (Habermas, 1976, p. 300; McCarthy, 1987, p. 334).

En la interacción ordinaria, las pretensiones de validez que se vinculan con cada acto de habla se aceptan de forma más o menos ingenua. Pero esas pretensiones pueden ser también problematizadas, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o de corrección se produ-

9 Como se vio al final del capítulo sobre Toulmin, en su *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas (1987) enuncia una quinta pretensión de validez: la *adecuación* de los estándares de valor, que se corresponde a los enunciados evaluativos, y cuya fundamentación consiste en demostrar la preferibilidad de estos o aquellos valores.

ce el paso desde la acción (la acción comunicativa)[10] a lo que Habermas llama el discurso. Eso quiere decir que el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar el hecho de que sus aserciones son verdaderas (discurso teórico) o de que una determinada acción o norma de acción es correcta (discurso práctico). Por lo que se refiere a las otras dos pretensiones, la de inteligibilidad es condición, pero no objeto de la comunicación (y da lugar a lo que Habermas llama "discurso explicativo"), y la de veracidad no se resuelve discursivamente: si un hablante es o no sincero sólo puede reconocerse en sus acciones.[11]

Si bien se mira, esta distinción entre acción y discurso se aproxima mucho a la que establecía Toulmin entre uso instrumental y uso argumentativo del lenguaje. Y al igual que Toulmin —y en cierto modo también Perelman— Habermas no considera la argumentación el discurso como una serie de proposiciones, sino como una serie de actos de habla; la argumentación no es —o no es sólo— un encadenamiento de proposiciones, sino un tipo de interacción, de comunicación.

> En términos de Habermas —afirma McCarthy— el discurso es esa forma "peculiarmente improbable" de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la "coacción no coactiva del mejor argumento" con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no validez de las pretensiones problemáticas. La suposición que lleva aneja tal acuerdo es que éste representa un "consenso racional", esto es, un consenso que es resultado no de las peculiaridades de los participantes o de su situación, sino simplemente resultado de haberse sometido a sí mismos al peso de la

10 En Habermas, el concepto de acción comunicativa se contrapone básicamente al de acción estratégica. La acción estratégica es una acción orientada al éxito, mientras que la acción comunicativa es una acción orientada hacia la comprensión intersubjetiva, que alcanza su plenitud en el ejercicio sin trabas de la comunicación: "Mientras que en la acción estratégica un actor *influye* sobre el otro empíricamente mediante la amenaza de sanciones o la promesa de gratificaciones a fin de *conseguir* la deseada prosecución de una interacción, en la acción comunicativa cada actor aparece *racionalmente impelido* a una acción complementaria, y ello merced al efecto vinculante locutivo de una oferta del acto de habla" (Habermas, 1985, p. 78).

11 En *Teoría de la acción comunicativa* (Habermas, 1987), la pretensión de adecuación de los estándares de valor a que se ha hecho referencia en la nota 9 da lugar a la crítica estética; y la argumentación en relación con los enunciados expresivos —los que enuncian una pretensión de veracidad o sinceridad— da lugar a la crítica terapéutica. De todas formas, en estos dos últimos casos se trata de la expresión de vivencias subjetivas, de manera que se trataría de una misma pretensión de validez que tiene como referencia el mundo subjetivo y que habría que contraponer a la pretensión de verdad (mucho objetivo) y de corrección (mundo social); al final, sólo habría esas tres pretensiones de validez criticables, pues la de inteligibilidad —como se ha dicho— tiene un carácter previo (*cfr.* Mardones, 1985, pp. 110 y ss.).

> evidencia y a la fuerza de la argumentación. El acuerdo es considerado válido no meramente "para nosotros" (los participantes de hecho) sino "objetivamente" válido, válido para todos los sujetos racionales (en tanto que participantes potenciales). En este sentido el discurso es, como Habermas dice, "la condición de lo incondicionado" (McCarthy, 1987, p. 338). En definitiva, el discurso, la argumentación, remite a una situación ideal de habla o de diálogo (el equivalente al perelmaniano auditorio universal). La verdad de las proposiciones o la corrección de las normas depende, en última instancia, de que se pueda alcanzar un consenso en una situación de total libertad y simetría entre todos los participantes en el discurso. En palabras de Habermas: "Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no sólo no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todo participante en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla" (Habermas, 1989a, p. 153).

Dicha situación ideal de habla "no es ni un fenómeno empírico ni un mero constructor teórico, sino constituye más bien una inevitable suposición que recíprocamente nos hacemos en el discurso. Semejante suposición puede ser, aunque no necesita serlo, contrafáctica" (*ibidem,* p. 155). Las exigencias de simetría y libertad planteadas por Habermas, como en seguida veremos, constituyen el contenido de las reglas del discurso racional que Alexy denomina *reglas de razón.*

II. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy

1. *La teoría del discurso como teoría procedimental. Fundamentación de las reglas del discurso*

Como hemos visto, la teoría del discurso de Habermas, que Alexy hace suya, se puede caracterizar como una teoría procedimental. Referido al discurso práctico, ello quiere decir que un enunciado normativo es correcto "si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento P" (Alexy, 1985b, p. 45). Pero la teoría del discurso racional no es la única teoría procedimental. Caben diversas interpretaciones del procedimiento a que hacen referencia: 1) a los individuos que participan en el mismo; 2) a las

exigencias que se imponen al procedimiento; 3) a la peculiaridad del proceso de decisión.

1) Con respecto a los individuos, por un lado, puede tratarse de un solo individuo (como ocurre con la teoría del espectador imparcial de la que —vimos— hacía uso MacCormick), de varios individuos o de todos los individuos de una clase (el auditorio universal de Perelman); y, por otro lado, puede tratarse de individuos realmente existentes o de individuos construidos o ideales (como "el espectador imparcial" o los "seres de razón"). La teoría del discurso se caracteriza porque en el procedimiento puede participar un número ilimitado de individuos en la situación en que realmente existen.
2) Con respecto a las exigencias, estas pueden formularse como condiciones o como reglas. La teoría del discurso puede formularse íntegramente a través de reglas, porque no se establece ninguna prescripción sobre cómo deben ser los individuos. No obstante —como luego veremos— Alexy no incluye sólo reglas, sino también formas de argumentos; pero esas formas también podrían formularse técnicamente como reglas (cfr. Alexy, 195b, p. 47; 1978a, p. 184).
3) Finalmente, el proceso de decisión puede incluir o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos, existentes al comienza del procedimiento. Si no existe esta posibilidad (como ocurre, por ejemplo, con el modelo de Rawls en relación con la elección de los principios de justicia que efectúan los individuos en la posición originaria se trata, pues, de individuos ideales— para los individuos en la vida ordinaria [*cfr*. Rawls, 1971]), se podría decidir en un momento determinado. Sin embargo, la teoría del discurso se caracteriza porque "las convicciones fácticas y normativas (así como sus intereses) pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados *en el curso del procedimiento*" (Alexy, 1985b, p. 47; *cfr*. también Alexy, 1988b). Más adelante se verá la trascendencia de este hecho.

Vistas las cosas desde otra perspectiva, cabe decir que una teoría procedimental como la del discurso racional ofrece una solución para el denominado *trilema de Münchhausen* (Alexy, 1978a, p. 177), que surge cuando se pretende fundamentar una proposición mediante otra proposición. En tal caso, la situación con la que nos enfrentamos consiste en que,

o bien nos vemos abocados a un regreso al infinito, o bien hay que renunciar a fundamentar en un determinado momento y la fundamentación se sustituye por una decisión, o bien la fundamentación se vuelve circular: los principios últimos se fundamentan a partir de los considerados derivados. La salida del problema consistiría en establecer exigencias de la actividad de fundamentación, esto es, reglas de la discusión racional, cuyo cumplimiento garantiza que el resultado —la norma particular o la aserción que se pretende fundamentar— sea racional. Pero que el resultado sea racional —como luego se verá— no significa que sea absolutamente correcto.

Estas reglas del discurso racional no se refieren sólo a las proposiciones, sino también al comportamiento del hablante, lo que significa que no son sólo reglas semánticas, sino también reglas pragmáticas. Según Alexy, para fundamentar las reglas del discurso (aquí nos interesa el discurso práctico racional general; se prescinde, pues, del discurso teórico) pueden seguirse cuatro vías. La primera consiste en considerarlas como reglas técnicas, esto es, como reglas que prescriben medios para lograr ciertos fines; esta es la vía que sigue, por ejemplo, la llamada *escuela de Erlangen* (a la que pertenecen autores como Lorenzen y Schwemmer), que parte de la idea de que el fin que se busca por medio del discurso es la eliminación no violenta del conflicto. La segunda vía es la de la fundamentación empírica, y consiste en mostrar que ciertas reglas rigen de hecho, o bien que los resultados obtenidos de acuerdo con determinadas reglas se corresponden con nuestras convicciones normativas realmente existentes. La tercera vía —que en realidad se entrecruza con las otras dos— es la de la fundamentación definitoria y consiste en analizar las reglas que definen un juego de lenguaje —una cierta praxis— y aceptarlas como criterio. Finalmente, la cuarta vía, a la que cabe llamar *pragmático-trascendental* o *pragmático-universal*,[12] consiste en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Una variante débil —la que Alexy acepta— de este modo de fundamentación consiste en mostrar que: a) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla; b) si renunciamos a estos actos de habla, abandonaríamos formas de comportamiento específicamente humanas.

12 En su *Theorie der juristischen Argumentation*, Alexy (1978a, p. 182) habla de "pragmática universal". Sin embargo, en el postfacio de la edición castellana de dicha obra (Alexy, 1989, p. 305) afirma preferir ahora el término de "pragmática trascendental".

Ahora bien, según Alexy, todos estos métodos tanto ofrecen ventajas como tienen puntos débiles, de manera que es preciso combinarlos. La fundamentación pragmático-universal suministra, por así decirlo, la base para la fundamentación de las reglas del discurso (*cfr*. Alexy, 1989, p. 306), pero sólo permite fundamentar muy pocas reglas. Cómo se han de aplicar estas cuatro vías de fundamentación, es decir, cómo ha de ser el discurso sobre las reglas del discurso (el discurso de teoría del discurso) es lago que debe dejarse en manos de los propios participantes en el discurso (*cfr*. Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, pp. 266 y ss.; también, *infra* apartado III, 1, D).

2. *Las reglas y formas del discurso práctico general*[13]

A. *Las reglas fundamentales*

El primer grupo de reglas del discurso práctico racional son las reglas fundamentales (*die Grundregeln*), cuya validez es condición para cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o de la corrección; esto es, se aplican tanto al discurso teórico como al discurso práctico. Dichas reglas enuncian los principios de no contradicción (incluyendo la no contradicción entre normas), de sinceridad, de universalidad (con una variante referida a los enunciados normativos y valorativos) y de uso común del lenguaje. Alexy las formula así:

> (1.1) Ningún hablante puede contradecirse.
>
> (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
>
> (1.3) Todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.
>
> (1.3') Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.
>
> (1.4) Distintos hablantes no puede usar la misma expresión con distintos significados.

13 Todas las reglas y formas que se formularán a continuación pueden encontrarse en el apéndice de la obra de Alexy (1978a, pp. 283-287).

B. *Las reglas de razón*

El segundo grupo son las reglas de razón (*die Vernunfregeln*), que definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso. A la primera de ellas se la puede considerar como la *regla general de fundamentación*, y las otras tres contienen los requisitos de la situación ideal de habla o de diálogo habermasiana, esto es, igualdad de derechos, universalidad y no coerción. En relación con cuestiones prácticas, estas reglas sólo se cumplen de manera aproximada; definen un *ideal* al que cabe aproximarse por medio de la práctica y de medidas organizativas. He aquí como las formula Alexy:

> (2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.
>
> (2.1) Quien pueda hablar pude tomar parte en el discurso.
>
> (2.2.) a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.
>
> b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
>
> c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
>
> (2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2.), mediante coerción interna o externa al discurso

C. *Las reglas sobre la carga de la argumentación*

El uso irrestricto de las anteriores reglas [especialmente de las diversas variantes de (2.2)] podría bloquear la argumentación. Se necesita por ello añadir a las anteriores un tercer grupo de reglas de carácter esencialmente técnico (*cfr*. Alexy, 1988c, p. 26), las reglas de carga de la argumentación (*die Argumentationslasregeln)*,[14] cuyo sentido es, precisamente, el de facilitar la argumentación. Alexy considera que estas reglas se justifican de una forma que puede considerarse intuitiva (la primera de ellas, por otro lado, puede verse como una consecuencia de (1.3') y de las propias reglas de razón que establecen la igualdad de todos los participantes en el discurso), y enuncia estas cuatro:

> (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.

14 Sobre este tipo de reglas, véase el trabajo de Gizbert-Studmicki (1990).

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

(3.3.) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contrargumentos.

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto.

D. *Las formas de los argumentos*

El cuarto grupo lo constituyen las formas de argumento específicas del discurso práctico.[15] Alexy parte de que, básicamente, hay dos maneras de fundamentar un enunciado normativo singular (N): por referencia a una regla (R), o bien señalando las consecuencias de N (F, de *Folge* = consecuencia). Ahora bien, si se sigue la primera vía, además de una regla debe presuponerse también un enunciado de hecho que describa las condiciones de aplicación de la misma (T, de *Tatsache* = supuesto de hecho); y, si se sigue la segunda, hay que sobrentender también que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria, o es algo bueno. En consecuencia, tenemos estas dos primeras formas de argumento:

(4.1) T
R
N

(4.2) F
R
N

Los dos siguientes argumentos pueden servir como ejemplos de aplicación de estas dos formas:

A ha mentido	Al mentir, *A* causa sufrimiento innecesario
Es malo mentir	Es malo causar sufrimiento innecesario
A ha actuado mal	*A* ha actuado mal

Por otro lado, (4.1) y (4.2) son subformas de una forma general de argumento que establece que un enunciado normativo cualquiera se funda-

15 En Aarnio-Alexy-Peczenik (1981), las formas de argumento aparecen expuestas después de todas las reglas del discurso.

menta aduciendo una regla de cualquier nivel y una razón (*G*, de *Ground* = razón, fundamento). Como es fácil ver, no se trata de otra cosa que del esquema básico de Toulmin:

$$(4)\quad \frac{\begin{array}{c}G\\R^*\end{array}}{N^*}$$

En relación con (4.1) —y (4.2) y se trata de nuevo de proseguir con el esquema de Toulmin— es posible que surjan disputas sobre los hechos (sobre T o sobre F), o bien sobre las reglas. En el primer caso, la discusión se desarrollará en el marco de un discurso teórico. En el segundo supuesto, R podrá justificarse a su vez señalando las consecuencias de esa regla, más una regla R' que exija R bajo una condición T'. Por tanto, resultan dos formas de argumento de segundo nivel [que también son subformas de (4)]:

$$(4.3)\quad \frac{\begin{array}{c}F_R\\R'\end{array}}{R} \qquad\qquad (4.4)\quad \frac{\begin{array}{c}T'\\R'\end{array}}{R}$$

Finalmente, puesto que si se usan reglas distintas se puede llegar a resultados incompatibles, se necesita añadir a las anteriores *reglas de prioridad (Vorrangregeln*), es decir, reglas que establecen que una determinada regla está en una relación de prioridad (P) con respecto a otra u otras. Dichas reglas pueden, a su vez, adoptar dos formas, según que la prioridad que se establezca sea absoluta o valga sólo bajo determinadas circunstancias (C). En consecuencia, tenemos:

(4.5) $R_i\ P\ R_k$ o bien $R'_i\ P\ R'_k$
(4.6) $(R_i\ P\ R_k)\ C$ o bien $(R'_i\ P\ R'_k)\ C$

E. *Las reglas de fundamentación*

Como las reglas anteriores dejan abierto un campo amplísimo de indeterminación, hay que añadir un quinto grupo, *las reglas de fundamentación (die Begründungsregeln),* que se refieren específicamente a las características de la argumentación práctica y regulan la forma de llevar a

cabo la fundamentación mediante las formas anteriores. Por un lado, Alexy formula tres variantes del principio de universalidad (al que Habermas considera, en el discurso práctico, como el equivalente al principio de inducción en el discurso teórico),[16] que se vinculan, respectivamente, con las concepciones de Hare (principio de intercambio de roles), de Habermas (principio del consenso) y de Baier (principio de publicidad). Téngase en cuenta que entre las dos primeras formulaciones existe esta diferencia: mientras que en el primer caso se parte de las concepciones normativas de *cada* hablante, el segundo se refiere a las opiniones *comunes* por obtener en el discurso.[17] He aquí las reglas:

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Un segundo subgrupo de reglas de fundamentación (la primera inspirada en ideas hegelio-marxistas y la segunda en Freud) se dirigen a garantizar la racionalidad de las reglas a través de su génesis social e individual.

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis *histórico-crítica*. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se

16 "En el discurso teórico se salva el abismo entre las observaciones particulares y las hipótesis generales mediante cánones diferentes de la inducción. El discurso práctico precisa de un principio puente. Por este motivo, todas las investigaciones sobre la lógica de la argumentación moral conducen a la necesidad de introducir un principio moral que, en su calidad de norma de argumentación, cumple una función equivalente al principio de inducción en el discurso científico experimental [...]. Resulta interesante comprobar que, cuando intentan encontrar un principio moral de este tipo, los autores de diferentes procedencias filosóficas coinciden siempre en un fundamento en el que subyace la misma idea. *Todas* las éticas cognitivas se remiten a aquella intuición que Kant formuló como el imperativo categórico" (Habermas, 1985, p. 83). Es interesante observar que tanto el principio de inducción como el principio de universalidad desempeñan en la argumentación la función que Toulmin llamaba de respaldo (*backing*) (*cfr*. Habermas, 1989a, p. 144).

17 Es decir, Habermas modifica el imperativo categórico kantiano. "Desde esta perspectiva, hay que volver a formular el imperativo categórico en el sentido propuesto: 'En lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría al objeto de que quepa hacer la comprobación discursiva de su aspiración de universalidad. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a lo que todos de común acuerdo quieren reconocer como norma universal'" (Habermas, 1985, p. 88; las comillas de Habermas se refieren a MacCarthy, 1980, p. 371).

pueda justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación *histótico-individual*. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

En fin, la última regla de este grupo trata de garantizar que se pueda cumplir con la finalidad del discurso práctico, que no es otra que la resolución de las cuestiones prácticas existentes de hecho:

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad dados de hecho.

F. *Las reglas de transición*

Para formular el sexto y último grado de reglas, las reglas de transición (*die Übergangsregeln*), se parte del hecho de que en el discurso práctico surgen problemas que obligan a recurrir a otros tipos de discurso; puede tratarse de problemas sobre hechos (discurso teórico), de problemas lingüísticos y conceptuales (discurso de análisis del lenguaje) o de cuestiones concernientes a la propia discusión práctica (discurso de teoría del discurso). Ello da lugar a estas tres últimas reglas:

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

3. *Los límites del discurso práctico general*

Las reglas del discurso no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica (es decir, que se puedan resolver todos los problemas de conocimiento), ni tampoco que, en caso de que se alcanzase dicho acuerdo, todo el mundo estuviera dispuesto a seguirlo (problema de cumplimiento). Las razones para lo primero son, básicamente, estas tres: algunas de las reglas del discurso [(2.1) (2.3)] sólo pueden cumplirse de manera aproximada; no todos los pasos de la argumentación están deter-

minados; todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes, las cuales están determinadas históricamente y son, además, variables. La razón para lo segundo descansa en una distinción, que Alexy toma de Kant, entre el *principium diudicationis* y el *principium executionis,* esto es, entre la formación del juicio y la formación de la voluntad: saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido (*cfr.* Alexy, 1988c, p. 31; 1989, p. 297).

Esta doble limitación de las reglas del discurso práctico hace que sea necesario establecer un sistema jurídico que sirva, en cierto sentido, para cerrar esta laguna de racionalidad. El derecho resulta, pues, justificado discursivamente tanto en su dimensión propiamente normativa, esto es, en cuanto conjunto de normas (como luego veremos, de reglas y principios) que, moviéndose dentro del campo de lo discursivamente posible, hacen que aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, esto es, en cuanto que sus normas puedan imponerse también a quienes no están dispuestos a seguirlas de buen grado. Más en concreto, Alexy distingue tres tipos de procedimientos jurídicos que habría que añadir al procedimiento del discurso práctico general regulado por las reglas anteriores (*cfr.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981; Alexy, 1985b y 1988c).

El primero de estos procedimientos jurídicos es el de la *creación estatal de normas jurídicas*. Como las reglas del discurso práctico establecen que ciertas reglas son discursivamente imposibles, otras discursivamente necesarias, pero otras muchas tan sólo discursivamente posibles, ello podría llevar a que, sin contravenir las reglas del discurso, pudiesen fundamentarse normas incompatibles entre sí. El establecimiento de normas jurídico-positivas tiene, pues, el sentido de seleccionar tan sólo algunas de estas normas discursivamente posibles. Sin embargo, ningún sistema de normas jurídicas puede garantizar por sí mismo que todos los casos jurídicos puedan resolverse en forma puramente lógica, mediante el uso exclusivo de las normas vigentes y de la información sobre los hechos (*cfr.* Alexy, 1978a, pp. 23 y ss.). Las razones que Alexy da para ello son, básicamente: la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles. Resulta por ello justificado un segundo procedimiento, al que Alexy denomina *argumentación jurídica* o *discurso jurídico*. Ahora bien, el discurso jurídico tiene también sus límites, en cuanto que no proporciona

siempre una única respuesta correcta para cada caso. Se necesita por ello un nuevo procedimiento que cierre esta laguna de racionalidad y que no es otro que el *proceso judicial*; una vez que se termina este último procedimiento, sólo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles.

A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento del discurso práctico general y con el del discurso jurídico, los otros dos procedimientos tienen carácter *institucionalizado* (es decir, están regulados por normas jurídicas, de manera que ello asegura que se llegue a un resultado definitivo y que sea, además, obligatorio) y contienen no sólo un aspecto argumentativo, sino también un elemento de decisión (*cfr*. Aarnio-Alexy-Peczenik, p. 278, y Alexy, 1988c, pp. 31 y 33). Aunque Alexy no sea aquí del todo claro, las distinciones anteriores (que no aparecen, o al menos no tan claramente, señaladas en sus primeras obras) hacen pensar que distingue de alguna forma entre la argumentación jurídica en sentido estricto (la que se desarrolla en el contexto del segundo procedimiento y que —cabe suponer— sería básicamente la de la dogmática jurídica) y la argumentación jurídica en sentido amplio (que incluiría también la argumentación legislativa, la argumentación del juez, la de las partes en el proceso, la de la opinión pública, etc.). De todas formas, en lo que sigue la expresión *discurso jurídico* se utilizará en un sentido amplio y un tanto indefinido (como hace en general el propio Alexy).

4. *El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. La teoría de la argumentación jurídica*

El discurso jurídico es, en opinión de Alexy, un caso especial del discurso práctico general. Esto quiere decir, más concretamente, que 1) en el mismo se discuten cuestiones prácticas, 2) se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección), pero ello 3) se hace (y de ahí que sea un caso *especial*) dentro de determinadas condiciones de limitación. En otras palabras, en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición (una pretensión o *claim* en la terminología de Toulmin) es sin más racional, sino que puede fundamentarse racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso

jurídicos que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. A su vez, Alexy distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen también dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico.

A. *Reglas y formas de la justificación interna*

Por lo que se refiere a la justificación interna, Alexy distingue una forma simple y una forma más general. La primera la enuncia así (*T* es un predicado que permite representar el supuesto de hecho de las normas en cuanto propiedad de personas; *O* es operador deóntico general; *R* es un predicado que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma; y *x* y *a* simbolizan, respectivamente, una variable y una constante de individuo).

(J.1.1) (1) (x) (Tx → ORx)
(2) Ta
(3) ORa (1), (2)[18]

(J.1.11) satisface estas dos primeras reglas de fundamentación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Sin embargo (J.1.1), es insuficiente en los casos complicados,[19] en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva. Entonces hay que acudir a una forma más general —aunque rudimentaria— de justificación interna que establezca diversos pasos de desarrollo (reglas para el uso de T), de manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible:

(J.1.2) (1) (x) (Tx → ORx)
(2) (x) (M^1x → Tx)
(3) (x) (M^2x → M^1x)

18 El punto a la izquierda de una línea indica que se trata de una premisa. A la derecha de la línea de la conclusión se indica, entre paréntesis, el número de las premisas de las que deriva.

19 Véase una tipología de estos supuestos en Aarnio-Alexy-Peczenik (1981, pp. 152 y ss.) y Alexy (1980a).

(4) (x) ($Sx \rightarrow M^n x$)
(5) Sa
(6) ORa (1)-(5)

El siguiente argumento puede servir como ejemplo para aclarar el sentido de este esquema:

1) Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.
2) Quien mata alevosamente, comete un asesinato.
3) Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.
4) Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.
5) *X* mató a *Y* mientras este último estaba dormido.
(6) A *X* se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

(J.1.2) satisface, a su vez, las siguientes reglas adicionales de la justificación interna:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si *a* es un *T* o un *M,* hay que aducir una regla que decida la cuestión.
(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.
(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

B. *Reglas y formas de la justificación externa*

La justificación externa, como ya sabemos, se refiere a la justificación de las premisas. Estas últimas, para Alexy, pueden ser de tres tipos: reglas de derecho positivo (cuya justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema); enunciados empíricos (que se justifican de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba); y un tercer tipo de enunciados (que serían básicamente reformulaciones de normas), para cuya fundamentación hay que acudir a la argumentación jurídica;[20] en concreto, a las formas y reglas de la justificación externa.

20 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos tres procedimientos de justificación interactúan entre sí; en particular, las reglas de derecho positivo y los enunciados empíricos juegan un papel considerable en la fundamentación de este tercer tipo de premisas.

Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, según que las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos. La argumentación práctica general constituye el fundamente mismo de la argumentación jurídica, y ya hemos visto cuáles son sus reglas y formas. Por lo que se refiere a la argumentación empírica, Alexy concede que la misma tiene una gran relevancia tanto en la argumentación jurídica como en la argumentación práctica general, pero no elabora reglas y formas específicas; se limita a constatar que aquí rige la regla (6.1), que autoriza a pasar en cualquier momento de la argumentación a un discurso empírico. Veamos, pues, qué pasa con los oros cuatro grupos.

a. Reglas y formas de la interpretación

Para explicar qué son los cánones de la interpretación, Alexy parte de un modelo sencillo de justificación interna:

(J.1.2') (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
(2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)
(3) Ma
(4) ORa (1)-(3)

De la regla R [(1)] y de la regla de uso de las palabras W [(2)], se sigue la regla R′

(2′) (x) $Mx \rightarrow ORx)$ (R′)

que es una interpretación de R a través de W ( ). Una de las funciones más importantes de los cánones —aunque no la única— es la de fundamentar tales interpretaciones, esto es, justificar el paso de R a R'. A su vez, Alexy distingue seis grupos de argumentos interpretativos: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos, pero sólo elabora formas de los tres primeros.

En relación con la *interpretación semántica*, ofrece tres formas de argumentos, según se usen para justificar, criticar o mostrar que una inter-

pretación (la regla W debe entenderse aquí como una *descripción* del uso del lenguaje) es admisible:

(J.3.1) R′ *debe* aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_i.

(J.3.2) R′ no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_k.

(J.3.3) Es *posible* aceptar R′ como interpretación de R, y es posible no aceptar R′ como interpretación de R, pues no rigen ni W_i ni W_k.

Mediante el *argumento genético* se justifica una interpretación R' de R, porque se corresponde con la *voluntad del legislador*. Hay dos formas de interpretación genética.

(J.4.1) (1) R′ $(=I_W^R)$ es querido por el legislador
(2) Ré

(J.4.2) (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
(2) $\neg$ R′ $(=I_W^R) \rightarrow \neg$ Z
(3) R′

En cuanto a la *interpretación teleológica* (*cfr*. Alexy, 1980b), su forma fundamental sería esta:

(J.5) (1) OZ
(2) $\neg$ R′ $(=I_W^R) \rightarrow \neg$ Z
(3) R′

que viene a corresponderse con (J.4.2), pero con la diferencia de que ahora el fin, Z, es algo objetivo, que se fundamenta por referencia a una norma o un grupo de normas, y no porque lo quiera el legislador.

Las anteriores formas de interpretación se presentan con frecuencia de manera incompleta, esto es, presuponen (generalmente en forma implícita) enunciados que son los que harían completas a las formas; a esto lo llama Alexy "requisito de saturación". Por ejemplo, en relación con (J.4.1), hay que entender como implícita una premisa adicional o regla de inferencia como la siguiente: *El que el legislador desee que R se interprete mediante W* (I_W^R*=R') es una razón para la validez de R'*. Rige por ello la regla

(J.6) debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

Pero el problema fundamental de los cánones de la interpretación consiste en que, según unos u otros, se llega a resultados distintos. En relación con

ello, Alexy entiende que aunque no se pueda establecer una jerarquía clara entre los mismos, sí cabe establecer ciertas reglas que atribuyen cierta prevalencia en favor de los argumentos semánticos y genéticos, y que extienden al uso de los cánones interpretativos la vigencia del principio de universalidad [tanto en la formulación contenida en (1.3) como en (2.2a) y (2.2b)]. Estas reglas son las siguientes:

> (J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.
>
> (J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.
>
> (J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

b. Reglas de la argumentación dogmática

Una de las características de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy es la importancia que concede a la dogmática jurídica, y que él entiende como

> (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo (Alexy, 1978a, p. 246).

Hasta qué punto tiene Alexy una concepción positiva de la dogmática jurídica lo demuestra el hecho de que a la misma le atribuye las siguientes funciones: de estabilización (puesto que fija durante largos períodos de tiempo determinadas formas de decisión); de progreso (amplía la discusión jurídica en su dimensión temporal, objetual y personal); de descarga (no hay que volver a discutirlo todo cada vez); técnica (la presentación unificada y sistemática de la materia sirve como información y promueve la enseñanza y la capacidad de transmisión); de control (al permitir decidir casos en relación con los ya decididos y por decidir, acrecienta la eficacia del principio de universalidad y de justicia); heurística (las dogmáti-

cas contienen modelos de solución y sugieren nuevas preguntas y respuestas). Las reglas de la argumentación dogmática que formula Alexy se refieren: a la necesidad de fundamentar los enunciados dogmáticos, en último término, en enunciados prácticos de tipo general; a la posibilidad de que los enunciados dogmáticos sean comprobados sistemáticamente, tanto en sentido estricto (se trata de ver si el enunciado se ajusta a los enunciados dogmáticos ya aceptados y a las normas jurídicas vigentes), como en sentido amplio (en este caso se trataría de ver si las decisiones a fundamentar con ayuda de enunciados dogmáticos y normas jurídicas, son compatibles entre sí según puntos de vista prácticos de tipo general); y a la necesidad de utilizar argumentos dogmáticos, puesto que su uso no sólo no contradice los principios de la teoría del discurso, sino que es "un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico" (Alexy, 1978a, p. 261). Se formulan así:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

c. Reglas sobre el uso de los precedentes

La argumentación a partir de los precedentes tiene muchos puntos en común con la argumentación dogmática. El uso del precedente se justifica, desde el punto de vista de la teoría del discurso, porque el campo de lo discursivamente posible no podría llenarse con decisiones cambiantes e incompatbiles entre sí; el uso del precedente significa aplicar una norma y, en este sentido, es una extensión más del principio de universalidad. Por otro lado, la obligación de seguir el precedente no es absoluta, pues ello iría en contra de las reglas del discurso —en particular, de (2.2.a)—, pero la carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente. Las reglas más generales para la utilización de los precedentes son, pues, para Alexy, estas dos:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

d. Formas de argumentos jurídicos especiales

Finalmente, Alexy incluye tres formas de argumentos jurídicos especiales, esto es, que se usan especialmente —pero no exclusivamente— en la metodología jurídica: el argumento *e contrario*, la analogía y la reducción al absurdo. Los representa, respectivamente, así:

(J.15) (1) (x) (OGx → Fx)
(2) (x) (¬ Fx → ¬ OGx)

(J.16) (1) (x) (Fx v F sim x → OGx)
(2) (x) (Hx → F sim x)
(3) (x) (Hx → OGx) (1), (2)

(J.17) (1) ¬ OZ
(2) R′ → Z
(3) ¬ P’

Lo que Alexy destaca aquí, sobre todo, es que estas tres formas de argumento son casos especiales del discurso práctico general: “(J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente;[21] (J.16) es exigido por el principio de universalidad;[22] y (J.17) es un caso en que se toma en consideración las consecuencias” (Alexy, 1978a, pp. 270-1).[23] Por otro lado, y al igual que ocurría con los cánones de la interpretación, el uso de estas formas sólo es racional en la medida en que las mismas resultan saturadas y en que los enunciados insertados para la saturación puedan fundamentarse en el discurso jurídico. Por ejemplo, en relación con la forma del argumento por analogía, la premisa (1) se fundamenta a partir de la norma expresada en la ley que cabría formular así: (x) (Fx→ OGx), y de una regla que a su vez que puede verse como un caso especial del principio de universalidad: “Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de visto jurídico deben tener las mismas consecuencias jurídicas” (*ibidem,* p. 269). En definitiva, para el uso de las formas especiales de argumentos jurídicos rige la siguiente regla:

> (J.18) Las formas de los argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

21 Téngase en cuenta que las reglas del discurso práctico general van más allá de las de la lógica deductiva, pero presuponen estas reglas.

22 Además de ser también un esquema de inferencia válido lógicamente.

23 De hecho, (J.17) se basa en el mismo esquema en que se basan (J.4.2) y (J.5), que, a su vez, podría reducirse a la forma (4.2), es decir, a la forma de fundamentar un enunciado normativo singular por referencia a las consecuencias.

5. *Los límites del discurso jurídico. El derecho como sistema de normas (reglas y principios) y de procedimientos*

Si bien la argumentación jurídica es una exigencia de la racionalidad práctica, en cuanto que permite, para la resolución de las cuestiones prácticas, ir más allá de donde deja las cosas el discurso práctico general, el discurso jurídico tiene también sus límites: una solución que se haya alcanzado respetando sus reglas es una solución racional, pero las reglas no garantizan que en cada caso se pueda llegar a una única respuesta correcta. Al igual que ocurría con el discurso práctico general, el discurso jurídico delimita también, junto con las esferas de lo discursivamente necesario y lo discursivamente imposible, una tercera de lo discursivamente posible: frente a un mismo caso, las reglas del discurso jurídico permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales (esto es, fundamentadas discursivamente). Esto se debe, como antes se vio, a que el discurso comienza sobre la base de las convicciones fácticamente existentes de los participantes en el mismo, a que todos los pasos de la argumentación no están determinados y a que algunas de las reglas del discurso sólo pueden ser satisfechas de manera aproximada. Ni siquiera en un discurso ideal, es decir, en un discurso en que los participantes cumplen completamente con las reglas (lo que quiere decir, que el mismo tiene lugar en condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada, ausencia total de coacción, claridad lingüística y conceptual total, información empírica completa, capacidad y disponibilidad para el intercambio de roles y ausencia de prejuicios) podría asegurarse que el discurso práctico permite alcanzar siempre un consenso, es decir, una única respuesta. Esto es así, porque no cabe excluir —aunque tampoco afirmar— que existan diferencias antropológicas entre los participantes que supongan un freno para el discurso y excluyan, en consecuencia, el consenso (*cfr*. Alexy, 1988, p. 29; 1989, p. 301; 1988d, p. 151 y 1988b, p. 62).

En resumen, la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico no es sólo una pretensión *limitada* en el sentido de que se efectúa bajo las exigencias señaladas por la ley, la dogmática y los precedentes (y, en general, bajo los límites de las reglas del discurso jurídico), sino que, además, es relativa a los participantes en el discurso (en el sentido de que el resultado depende de ellos y, por tanto, de sus convicciones normativas), a

un determinado momento temporal (el resultado del discurso puede ser distinto en el tiempo t y en el tiempo t) y, finalmente, en la mayoría de los casos, el procedimiento no puede realizarse en la práctica (*cfr*. Alexy, 1985b, pp. 47 y ss.; 1988c, ps. 27 y ss.; 1988b, pp. 61-2).

Pero estas dificultades, en opinión de Alexy, no desacreditan en absoluto a la teoría del discurso. En primer lugar, porque el que sean posibles discursivamente diversas respuestas no significa que *todas* sean posibles. El procedimiento discursivo cumple al menos una función negativa, consistente en señalar límites que no pueden ser franqueados. Y, por otro lado, sostener la tesis de que existe una única respuesta correcta —a la manera, por ejemplo, de Dworkin (1977, 1985 y 1986)— le parece a Alexy equivocado, pues para ello habría que sostener también una teoría *fuerte* de los principios "que contuviera además de todos los principios del sistema jurídico en cuestión, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos" (Alexy, 1988d, p. 145). Como en seguida veremos, Alexy piensa que sólo puede defenderse una teoría *débil* de los principios, lo que no implica tampoco entender los mismos simplemente como un catálogo de topoi. En segundo lugar, la relativización con respecto a los participantes no es sólo un inconveniente.

> Toda discusión tiene que tener un punto de partida. No puede comenzar en la nada. Este punto de partida consiste en las convicciones normativas de los participantes fácticamente existentes. La teoría del discurso no es nada más que un procedimiento para su tratamiento racional. Y aquí, cada convicción normativamente relevante es un candidato para una modificación basada en una argumentación racional (Alexy, 1985b, p. 51).

Este último punto tiene una gran importancia, pues indica también que, a diferencia de teorías como la de Aarnio (que se apoya en el concepto wittgensteiniano de *forma de vida*), la de Perelman (*cfr*. Alexy, 1979c) o la del propio MacCormick, según Alexy los valores últimos son también objeto de una discusión racional y pueden modificarse en el desarrollo del discurso. En tercer lugar, el que los resultados puedan modificarse a lo largo del tiempo puede verse incluso como una ventaja, pues ello permite que se puedan eliminar deficiencias existentes en un momento temporal anterior. Y, finalmente, aunque el procedimiento (para determinar si una respuesta es correcta) no pueda en la mayoría de los casos realizarse en la

práctica, cabe la posibilidad de que quien se formula la pregunta realice mentalmente —hipotéticamente— el procedimiento.[24]

Además, Alexy entiende que una teoría de la argumentación jurídica sólo despliega todo su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del derecho. esta última teoría tendría que ser capaz de unir dos modelos distintos de sistema jurídico:[25] el sistema jurídico como sistema de procedimientos, y el sistema jurídico como sistema de normas. El primero representa el lado activo, y consta de los cuatro procedimientos ya mencionas: el discurso práctico general, la creación estatal del derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial. El segundo es el lado pasivo y, según Alexy, debe mostrar que el derecho, en cuanto sistema de normas, consiste no sólo en reglas, sino también en principios.

Alexy acepta un concepto de principio que está muy próximo al de Dworkin.[26] Para él —al igual que para Dworkin— la diferencia entre reglas y principios no es simplemente una diferencia de grado, sino de tipo cualitativo o conceptual.

> Las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente (Alexy, 1988d, pp. 143-144).

La forma característica de aplicación de las reglas es, por ello, la *subsunción*. Los *principios*, sin embargo,

24 Esto último plantea todavía el siguiente problema. Las cuestiones prácticas tratan normalmente con conflictos de intereses, y la interpretación de los intereses de los participantes puede cambiar por medio de argumentos, pero quien tiene que aceptar dichos cambios es cada uno de los participantes. Dicho de otra manera, puesto que el discurso es esencialmente no monológico (dialógico), surge el problema de cómo un discurso desarrollado en la mente de un apersona puede aproximarse al que desarrollarían diversas personas. Según Alexy, tal aproximación es posible, porque "uno nunca puede estar seguro de los argumentos, las interpretaciones de intereses y los cambios en las interpretaciones de otras personas, pero es posible hasta un grado considerable hacer conjeturas fundadas sobre ello. Sobre casi todas las cuestiones prácticas diversas personas han pronunciado numerosos argumentos. La vida ordinaria, la literatura y la ciencia provee numerosas informaciones sobre posibles maneras de interpretación y cambios de intereses" (Alexy, 1988b, p. 65).

25 Alexy es aquí un tanto ambiguo: en ocasiones habla de una teoría del derecho y del Estado (Alexy, 1988c, p. 30; 1985b, p. 54), y otras veces de una teoría de la legislación y de la sociedad (1978a, p. 275); pero el bosquejo que presenta lo sería, simplemente, de una teoría *del derecho*.

26 Sobre ello, *cfr*. Alexy (1985c). Su concepción de los principios está plasmada en los trabajos de Alex, 1979a, 1985ª, 1985a, 1988 y 1988d.

> ...son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados (*ibidem,,* p. 143).

Por eso, la forma característica de aplicación de los principios es la *ponderación*.

Si bien —como ya se ha dicho— no es posible construir una teoría de los principios que establezca una jerarquía estricta entre ellos, sí cabe establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada (de manera que sirvan como *fundamento* para decisiones jurídicas) y no un uso de los mismos puramente arbitrario (como ocurriría si no fueran más que un catálogo de topoi). Tal orden débil consta de tres elementos: 1) Un sistema de condiciones de prioridad, que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga también importancia para nuevos casos: "Las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre toro forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente" (Alexy, 1988d, p. 147); ello quiere decir que también aquí rige el principio de universalidad. 2) Un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Respecto a las posibilidades *fácticas*, cabe formular dos reglas que expresan el principio de optimalidad de Pareto (y que suponen el paso del campo de la subsunción y la interpretación al de la decisión racional). La primera consiste en que "una medida M está prohibida con respecto a P_1 y P_2 si no eficaz para proteger el principio P, pero es eficaz para socavar el principio P_2"; y la segunda, que "una medida M está prohibida en relación con P_1 y P_2, si existe una alternativa M que protege a P al menos igual de bien que M pero que socava menos a P_2" (Alexy, 1988c, p. 37). Y respecto a las posibilidades *jurídicas*, la obligación de optimización corresponde al principio de proporcionalidad que se expresa en esta ley de ponderación: "Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro" (Alexy, 1988d, p. 147). 3) Un sistema de prioridades *prima facie*: la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de prueba.

Este modelo del derecho en tres niveles (el de las reglas, el de los principios y el de los procedimientos) no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que lleva a un mayor grado de racionalidad práctica y es también el modelo de racionalidad incorporado en el derecho moderno y, en particular, en el derecho de un Estado democrático y constitucional (*cfr*. Alexy, 1987b; 1990). Para Alexy el derecho —fundamentalmente el derecho moderno— contiene una dimensión ideal que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moralidad procedimental y universalista. Esta dimensión no es otra cosa que la pretensión de corrección que necesariamente plantean tanto las normas y las decisiones jurídicas consideradas individualmente como el sistema jurídico considerado en su conjunto. Ahora bien, la pretensión de corrección tiene, por un lado, un carácter relativo (en el sentido ya explicado), pero, por otro lado, considerada como idea regulativa, tiene carácter absoluto. Ello lleva a Alexy, en definitiva, a no abandonar del todo la tesis de la única respuesta correcta:

> El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta (Alexy, 1988d, p. 151).

III. Una crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy

Utilizando la sistematización que efectúa el propio Alexy (*cfr*. Alexy, 1989a, p. 291), a su teoría de la argumentación se le pueden dirigir —y, de hecho, se le han dirigido— dos tipos de críticas: las primeras tienen como blanco la teoría del discurso en cuanto tal; las segundas, la tesis de que la argumentación jurídica sea un caso especial del discurso práctico general.

1. *Críticas a la teoría del discurso en general*

Con respecto al primer tipo de críticas, algunas de ellas —y a las que Alexy presta considerable atención— se dirigen a poner en entredicho la aplicabilidad o utilidad de la teoría. No me ocuparé aquí, sin embargo, de esta cuestión, en parte porque ya ha sido tratada anteriormente al mostrar los límites que Alexy traza del procedimiento discursivo, y en parte porque lo que me interesa básicamente no es tanto la utilidad de la teoría del discurso en general, sino la del discurso jurídico en particular, y esta es una cuestión que consideraré dentro del segundo grupo de críticas. Ahora me ocuparé de cuatro perspectivas críticas dirigidas contra la teoría del discurso, las cuales se refieren, respectivamente: a la idea de que la verdad o la corrección de los enunciados sea algo por establecer en un procedimiento —el del discurso racional—; a la idea de que la fundamentación de enunciados teóricos y —sobre todo— prácticos implique esencialmente un proceso comunicativo o dialógico; al énfasis que la concepción discursiva pone en la noción de consenso; y a la fundamentación de las reglas del discurso racional.

A. *Sobre el carácter procedimental de la teoría de la verdad o de la corrección*

Weinberger —entre otros— ha objetado a la concepción de Alexy y de Habermas que el procedimiento discursivo no puede constituir el criterio de la verdad o corrección de los enunciados (*cfr*. Weinberger, 1983).[27] En su opinión, el discurso juega un papel importante en el contexto del descubrimiento, pero en el contexto de la justificación, lo que cuenta no son las opiniones subjetivas de los participantes en una discusión, sino la verdad objetiva; no el que sean razones aceptadas por consenso (el consenso pude ser el resultado, pero no la causa de que una teoría esté justificada), sino el que se trate de "buenas razones".[28] La radicalidad de la crítica de Weinberger se basa, en definitiva, en una concepción de la racionalidad que difiere radicalmente de la de Alexy: "Para mí, la racionalidad es el

27 La crítica de Weinberger, sumamente pormenorizada, se refiere al artículo conjunto de Aarnio-Alexy-Peczenik (1981) *cfr*. también Summers, 1983.

28 Weinberger critica, a este respecto, a Alexy, por no haber distinguido entre justificación (*Reachtsfertigung*), que implica una dimensión subjetiva, y fundamentación (Begründung) que tendría un sentido objetivo. De hecho, Alexy (1978a, p. 52, nota 3) afirma utilizar estos dos términos como sinónimos.

problema de las buenas razones; para Robert Alexy, el problema de la forma del discurso [...]. Para mí, como fundamentaciones valen argumentos válidos de la lógica, la experiencia y el análisis crítico; para Robert Alexy, los resultados del discurso. Los resultados de un discurso regido por reglas constituyen para él verdad y corrección; para mí, sólo opiniones" (Weinberger, 1983, p. 205).

A ello, Alexy (1989a, pp. 291 y ss.) contraargumenta afirmando que su concepción de la racionalidad no es en realidad tan distinta de la de Weinberger, sino, simplemente, más rica; y que la diferencia entre ambas estriba más bien en que Weinberger es un nocognoscitivista en cuestiones prácticas, lo que le lleva a pensar que "donde ni el análisis lógico ni la experiencia llevan a una solución, sólo queda la decisión. La teoría del discurso —añade Alexy— pretende hacer factible la argumentación racional, tanto como sea posible, también en el campo específicamente valorativo" (*ibidem,* p. 293).

En mi opinión, la crítica de Weinberger, en lo que tiene de rechazo radical de la concepción procedimental de la racionalidad, es injusta en cuanto que, efectivamente, traza un cuadro sesgado de la teoría del discurso al afirmar, por ejemplo, que esta reemplaza la experiencia y el análisis por el simple consenso (*cfr*. Alexy, 1989a, p. 293; Winberger, 1983, p. 191). Además, la concepción consensual de la verdad parece, en principio, presentar muchas más dificultades en relación con el discurso teórico que con el discurso práctico, al que Alexy limita su análisis. Sin embargo, con su crítica, Weinberger apunta a diversos aspectos concretos que en la obra de Alexy no parecen estar bien resueltos.

Uno de ellos es el de la relación entre corrección procedimental y consenso. Contestando precisamente a una crítica de Weinberger, Alexy afirma que "el criterio real de corrección no es el consenso, sino cumplir con el procedimiento" (Alexy, 1988b, p. 67). Pero con esto quizás no se resuelva del todo el problema de fondo, que es el del papel que juega el consenso en la justificación de las decisiones prácticas. Se puede estar de acuerdo con Alexy en que es posible respetar el procedimiento y no llegar, sin embargo, a un consenso. Pero, cuando esto no es así, ¿no añade nada —en términos de justificación— el consenso al hecho de que en relación con una determinada cuestión práctica se hayan respetado las reglas del procedimiento?[29]

29 Sobre el problema del consenso, puede verse Aarnio (1987 y 1990).

Otro de los problemas consiste en que algunas de las reglas formuladas por Alexy son quizás discutibles. Weinberger indica, por ejemplo, que la sinceridad no parece ser constitutiva de cualquier comunicación lingüística, pues en ese caso el juez no podría comunicarse con el inculpado, el cual tiene derecho a defenderse con afirmaciones falsas (*cfr*. Weinberger, 1983, p. 195).[30] Y duda de que las reglas de la carga de la argumentación puedan verse como reglas generales de la razón práctica (*cfr*. *ibidem,,* pp. 187 y ss.).

Un tercer problema consiste en que la teoría del discurso presupone —según Alexy— una determinada capacidad de juicio y de imaginación por parte de los participantes; esto es, presupone que éstos, tal y como existen en la realidad, son capaces de distinguir las buenas razones de las malas, de tener ideas, etc. Alexy aclara que esto "no significa que una suficiente capacidad de imaginación y de juicio sea una exigencia del procedimiento". Pero el problema, en mi opinión, estriba, precisamente, en la manera como justifica esta última afirmación:

> La relación entre el procedimiento del discurso y la capacidad de juicio y de imaginación suficiente de los participantes en el mismo se corresponde más bien con la que existe entre la Constitución de un Estado democrático-constitucional y la capacidad de sus ciudadanos para actividades políticas, económicas y sociales. Lo último no viene exigido por normas constitucionales, sino que es presupuesto por la Constitución (Alexy 1989a, p. 294).

Ahora bien, una crítica estándar contra la democracia (o, si se quiere, un límite de esta) consiste en que, puesto que este presupuesto es falso, esto es, puesto que no todos tienen esa capacidad —o, al menos, no en el mismo grado—, un Estado democrático no puede considerarse, por ser tal, un Estado justo. Trasladado esto al terreno del discurso, cabría decir que el presupuesto al que se refiere Alexy, si se interpreta como una afirmación empírica, es, sin duda, falso; y si se interpreta de otra forma, corre el riesgo de convertirse en una ficción, que probablemente no pueda cumplir más que una función ideológica: la de ocultar que un discurso racional no siempre es posible.

El último problema consiste en que Alexy es un tanto ambiguo a la hora de establece cuál es el papel —si es que es alguno— que juega el

30 A esto podría replicarse que en realidad el diálogo entre ambos no constituye un discurso, pero eso iría en contra de la tesis central de Alexy, que luego se discutirá.

elemento decisional en el tratamiento de las cuestiones prácticas. Antes vimos que en el procedimiento de establecimiento de normas jurídicas y en el proceso judicial, lo que tienen lugar no son sólo argumentaciones, sino también decisiones, a diferencia de lo que ocurriría en el discurso práctico general y en el discurso jurídico. Pero, ¿significa esto que, según Alexy, en la moral no hay ningún lugar para la decisión? Si esto fuera así (y el hecho de que la racionalidad moral tenga una prolongación en la razón jurídica no es un argumento en contra: el derecho no cierra todas las lagunas de racionalidad que deja abiertas la moral, entre otras cosas porque hay cuestiones de moral privada que no conciernen al derecho), entonces podría tener alguna razón Weinberger cuando acusa a la teoría del discurso de presentar el proceso de argumentación moral como determinado completamente por medio de reglas y, en ese sentido, como una teoría que oculta una parte de la realidad: que la resolución de los problemas morales no es puramente una tarea cognoscitiva.

B. *Sobre el carácter comunicativo de la fundamentación de los enunciados prácticos*

La crítica que Tugendhat dirige a Habermas y a Alexy (*cfr*. Tugendhat, 1980 y 1988) en el sentido de que la fundamentación de los enunciados prácticos (y mucho más de los teóricos) no implica esencialmente un proceso comunicativo o dialógico, se conecta también con la objeción anterior de no tener en cuenta el aspecto no racional y volitivo del discurso real que exige la moral (*cfr*. Tugendhat, 1988, p. 139). Dicha crítica descansa en una distinción entre reglas *semánticas y pragmáticas* que tanto Habermas como Alexy no habrían tenido en cuenta.

> Para evitar confusiones —señala Tugenhat— propongo llamar reglas semánticas a las reglas que determinan aquel uso de una oración en el que es indiferente que sea o no utilizada comunicativamente, y reglas pragmáticas a aquellas que hay que observar en una comunicación, más allá de las semánticas (*ibidem,* p. 126).

Esto quiere decir que, por ejemplo, en relación con las reglas fundamentales de Alexy, la regla de que *ningún hablante puede contradecirse* es una regla semántica, porque vale tanto para un monólogo como para

un diálogo, mientras que la que establece que *distintos hablantes no pueden emplear una misma expresión con distintos significados* sería una regla pragmática, ya que hace referencia a distintos hablantes y afecta a un problema que sólo puede existir entre diversos hablantes (*cfr*. Tugendhat, 1980, pp. 6 y 7). Si ahora se reserva la expresión *discurso* para el diálogo comunicativo entre varios (*ibidem,* p. 7), entonces cabe decir que las reglas para la fundamentación de enunciados no son discursivos; no son reglas pragmáticas, sino semánticas.

Tugendhat parte —como Habermas— de una concepción universalista de la moral de impronta Kantiana, de manera que para él "una norma moral está fundamentada cuando es igualmente buena para todos" (Tugendhat, 1988, p. 129). Ahora bien, cuándo una norma es buena para todos es algo que puede juzgar cada uno por sí mismo monológicamente, aplicando, por tanto, reglas semánticas. Las reglas pragmáticas cumplen aquí sólo la función de asegurar que el proceso de fundamentación se vea libre de obstáculos (*cfr*. Tugendhat, 1980, p. 8). Ciertamente, este juicio monológico utiliza como criterio el consenso de los afectados (Tugendhat acepta, —al igual que Habermas-, un principio de fundamentación de las normas que se formularía así: una norma es correcta —justa— sólo si todos pueden asentir a ella); pero aquí no se trata de un consenso que atiende a los intereses de cada uno, por tanto, de un consenso volitivo, fáctico:

> Una de las reglas que resultan del proceso de fundamentación moral —que, como tal, puede realizarse también en el pensamiento solitario— prescribe que sólo están fundadas moralmente aquellas normas jurídicas que se han introducido sobre la base de un acuerdo de todas las partes implicadas. De aquí —continúa— se deduce también que el aspecto irreductiblemente comunicativo no es cognitivo, sino volitivo. Lo que exige un acto efectivo de acuerdo, de consenso colectivo, es el respeto moralmente prescrito de la autonomía de la voluntad de todas las personas implicadas. Pero este acuerdo ya no es... un acuerdo cualificado. Ciertamente, queremos que el acuerdo sea racional, sea un acuerdo fundado en argumentos y, a ser posible, sobre argumentos morales, y, sin embargo, lo definitivo en última instancia es el acuerdo fáctico; por ello, no hay derecho a pasarlo por alto sobre la base de que no ha sido racional...

El problema de que aquí se trata no es un problema de fundamentación, sino el problema de la participación en el poder.

Habermas —y Alexy—, en definitiva, habrían descuidado "el factor volitivo y, con él, el problema del poder" (Tugendhat, 1988, pp. 138-139).

La réplica de Habermas es como sigue. Para Tugendhat, la argumentación no tiene que posibilitar la *imparcialidad del juicio*, sino el hecho de que no se pueda influir en la *formación de la voluntad,* esto es, que sta sea autónoma. Ahora bien, de esta forma no puede explicarse la idea de imparcialidad de que parte del propio Tugendhat, pues la misma no puede reducirse a una negociación, a un *equilibrio de poderes*: "En el discurso práctico, los afectados intentan poner en claro un interés común mientras que al negociar un acuerdo pretenden compensar intereses particulares y contrapuestos" (Habermas, 1985, pp. 93-94). Al haber igualado la argumentación con los procesos de la formación de la voluntad, "Tugendhat tiene que pagar un precio: no puede sostener la diferencia entre la validez y la vigencia social de las normas" (*ibidem,* p. 94). Y al equipar las pretensiones de validez y de poder destruye la base sobre la que descansaba su intento de distinguir entre normas justificadas e injustificadas. Las intenciones de "arrebatar a la validez de las normas su sentido cognitivo" y, sin embargo, aferrarse a "la necesidad de su justificación" son contradictorias, y de ello resulta un "*déficit de justificación"* (*ibidem,* p. 95), que sólo puede superarse "si en vez de buscar una explicación semántica del significado de un predicado, se expresa lo que quiere decirse con el predicado *igualmente bueno para todos* mediante una norma de argumentación para el discurso práctico" (*ibidem,* p. 97).[31]

En realidad, es muy posible que entre la concepción de Habermas y la de Tugendhat no exista una contraposición frontal, sino que cabe pensar en que este último —como afirma Muguerza— pretende poner de relieve "la tensión que entre voluntad y razón se da *en el interior* de la voluntad racional habermasiana".[32]

> A diferencia de Marcuse —continúa Muguerza— Habermas no despacha como irrelevante el dato de la pluralidad de las voluntades individuales, que ya sabemos presupuesta —al igual que los intereses privados o los fi-

31 En el prólogo de su libro *Problemas de ética*, en donde se recogen diversos trabajos del autor a lo largo de una década, Tugendhat reconoce "el carácter insostenible e ingenuo de esta concepción semántica. Esta concepción fracasa simplemente porque de la mera significación de una palabra, es decir, de un *a priori* comprendido de forma meramente analítica, no puede deducirse nada moralmente sustancial" (Tugendhat, 1988, p. 11).

32 Para un desarrollo de las ideas de Habermas al respecto puede verse Habermas (1988 y 1990). En este último trabajo trata de mostrar cómo la formación de la voluntad colectiva racional puede proceder sin distorsión en el medio del derecho y del poder político (*cfr*. también Tuori, 1990).

> nes particulares que mueven a esas voluntades— por el propio discurso. Pero, a diferencia ahora de Tugendhat, se resiste a quedarse ahí, juzgando que la racionalidad de la voluntad discursivamente formada ha de ponerse a prueba para alumbrar un interés común, para hacer concordar a los individuos en torno a algún fin último o valor, para instaura, en suma, una legislación ética de alcance universal (Muguerza, 1990, p. 313).[33]

Alexy arranca también de estas consideraciones de Habermas para hacer frente a la crítica de Tugendhat. En su opinión, hay dos aspectos que permiten concluir que la acción de fundamentar tiene una estructura necesariamente comunicativa. El primero radica en el hecho de que la solución correcta de un problema moral consiste generalmente en la solución de un conflicto de intereses, y la argumentación juega un papel esencial en la interpretación de los intereses y en los cambios de intereses para llegar a un equilibrio justo. El segundo consiste en que cómo se haya de interpretar, sopesar y modificar los intereses, es algo que debe dejarse a los afectados, pues en otro caso no se respetaría el principio de autonomía; pero eso quiere decir que estas cuestiones no pueden resolverse monológicamente (*cfr*. Alexy, 1989a, pp. 298 y 299).

Ahora bien, me parece que también en este caso puede decirse que las diferencias entre Tugendhat y Alexy no son tan profundas como pudiera parecer a primera vista. E incluso cabe plantearse si existe alguna diferencia entre ellos, habida cuenta de que Alexy —como antes se vio— reconoce que el procedimiento del discurso no puede, en la mayoría de los casos, realizarse en la práctica, sino que quien se plantea si una norma concreta —la respuesta a una cuestión práctica— es correcta, tiene que realizar mentalmente —hipotéticamente— el procedimiento. Un diálogo efectuado en esa forma hipotética es —podría pensarse— lo más parecido a un monólogo.

La crítica de Richards (1989) contra Alexy coincide, al menos en parte, con la de Tugendhat. Por un lado, Richards le reprocha a Alexy el haber separado excesivamente el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general. La argumentación jurídica, por ejemplo, a propósito del alcance y del contenido de derechos fundamentales, como la libertad religio-

33 Aquí añade todavía Muguerza: "Y tal y como yo veo la cuestión, me parece que ya va siendo hora de caer en la cuenta de que el proceso de formación discursiva de la voluntad racional es un equilibrio 'dinámico' y no estático, de que la voluntad racional, en fin, no constituye un *érgon* sino es constitutivamente *enérgeia*" (p. 313).

sa o la libertad de expresión, no tendría que partir de los materiales jurídicos dados; la razón práctica juega aquí un papel central y no es independiente de tales materiales. Pero, por otro lado, Richards pone en tela de juicio —y aquí es donde enlaza con Tugendhat— el carácter discursivo de toda la ética. La estructura de los principios éticos exige cierto tipo de justificabilidad, pero esta justificabilidad no tiene por qué hacerse visible para los otros cuando se actúa éticamente. La ética política que necesita ser comunicativa, debido a la naturaleza coactiva del poder político (es decir, a los efectos que produce en los otros). Pero esto no es necesariamente así en relación con la ética personal: "Con seguridad, muchos viven vidas ricas y humanas sin enrolarse en tal discurso" (Richards, 1989, p. 311).

En mi opinión, la primera de las observaciones de Richards apunta a una de las dificultades fundamentales que plantea la obra de Alexy y de la que volveré a ocuparme en relación con el segundo tipo de críticas. Para decirlo brevemente, en su teoría no está nada claro de qué manera se puede unir armoniosamente la interpretación discursiva de la argumentación jurídica y la adhesión al derecho positivo. La segunda observación, sin embargo, puede pasarse aquí por alto, pues parece claro que el derecho es uno de los ámbitos donde el discurso justificatorio tiene necesariamente que hacerse visible a los demás. Justificar algo jurídicamente tiene que significar, necesariamente (con independencia de si el procedimiento para ello es o no discursivo), justificarlo frente a otros; si se quiere decirlo en términos clásicos, la alteridad del derecho está presente también en el momento de la justificación de las decisiones jurídicas.

C. *Sobre los límites del consenso*

Una crítica de la teoría del discurso habermasiana que juzgo de gran interés es la que le ha dirigido Javier Muguerza, quien reprocha a la misma el haber enfatizado excesivamente la importancia del consenso, olvidándose (o, al menos, no prestando la suficiente atención) a los fenómenos de disenso. Con ello no se pretende efectuar una crítica radical de la ética comunicativa habermasiana, sino que lo que Muguerza propone es una corrección de la misma a partir del concepto —inspirado también en su caso en Kant— de la *concordia discorde*.

> La *concordia discorde* —como la *discordia concorde* que, más que su contraria, sería su complemento— no dará de sí siempre para plasmarse en un

> consenso con que rematar el diálogo emprendido, pero podría servir al menos para canalizar a través de él cualquier discurso. Y, más que presuponer el paso de la acción al discurso, equivaldría a entender *el discurso como acción*, a saber, como la ininterrumpida acción comunicativa que tendría que hacerse cargo del conflicto y resistirse —incluso allí donde, por el momento, no se vislumbre la posibilidad de resolverlo discursivamente— a abandonarlo a la pura acción estratégica, que ya sabemos que no excluye la posibilidad de confiar su resolución a la engañosa persuasión ideológica y, si ésta no resulta, lisa y llanamente a la fuerza y, en último extremo, a la violencia. En tanto que discurso como acción, o discurso en acción, la concordia discorde vendría, en suma, a coincidir con el proceso de la formación discursiva de la voluntad colectiva racional siempre que tal proceso sea entendido como más importante en sí que su consumación (Muguerza, 1990, p. 325).[34]

La concordia discorde estaría también en condiciones de incorporar fenómenos de lucha de clases, como huelgas laborales, movilizaciones contra la guerra, contra la contaminación nuclear, el desempleo o la opresión de la mujer, que no pueden sin más ser sustituidos por la argumentación y que no deben tampoco verse simplemente como acciones estratégicas (como parece que habría que hacer desde la perspectiva habermasiana), sino también como un *diálogo incoado*.

> La concordia discorde entraña, pues, una visión de la comunidad de comunicación, incompatible en cuanto tal con la absoluta discordia y la ausencia de diálogo. Pero el diálogo tampoco tiene en ella por misión la instauración de la concordia absoluta. Y, de hecho, le es tan imprescindible incorporar factores de discordia tales como la lucha de clases u otros géneros de conflictos cuanto excluir de su seno cualquier género de consenso que suponga la uniformización de los individuos y, en definitiva, la anulación de la individualidad (*ibidem,* p. 330).

Esta aspiración comunitaria es conciliable con el individualismo ético, si por tal se entiende

> [...] la doctrina —plenamente kantiana— según la cual el individuo es la *fuente* de toda moralidad y por tanto su árbitro supremo, que es lo que im-

34 Y añade aquí Muguerza: "[la concordia discorde] suministra también una adecuada denominación para eso que, cuando no usamos y abusamos en vano de su nombre, solemos entender por democracia" (*ibidem*).

> pide que cualquier definición de lo que sean los intereses *comunes* a los miembros de una comunidad se pueda adelantar al efectivo acuerdo de éstos y la razón, también, por la que la concordia discorde ha de dejar la puerta siempre abierta al desacuerdo (*ibidem*).

Una exigencia fundamental de este individualismo ético es lo que Muguerza llama *el imperativo de la disidencia:*

> Un individuo nunca podrá legítimamente imponer a una comunidad la adopción de un acuerdo que requiera de la decisión colectiva, pero se hallará legitimado para desobedecer cualquier acuerdo o decisión colectiva que atente —según el dictado de su conciencia— contra la condición humana. La concordia discorde, en consecuencia, no sólo habrá de hacer lugar al desacuerdo en el sentido de la falta de acuerdo o de consenso dentro de la comunidad, sino también al desacuerdo activo o disidenica del individuo frente a la comunidad. Pues si la humanidad representaba el límite superior de la ética comunicativa, el individuo representa su límite inferior y constituye, como aquélla, una frontera irrebasable (*ibidem,* 333; *cfr*. también Muguerza, 1989, pp. 43 y ss.).

Si se trasladan estas consideraciones a la obra de Alexy, lo primero que hay que decir es que la teoría de este último sí tiene en cuenta —quizás en mayor medida que la de Habermas— el fenómeno del disenso. Por ejemplo como antes vimos—, Alexy admite que dos soluciones contradictorias pueden ser ambas correctas y sin que ello implique la vulneración de la regla de que ningún hablante puede contradecirse (lo que no cabría es que *un mismo participante* en el discurso propusiera dos soluciones contradictorias) (*cfr*. Alexy, 1988b, pp. 68 y ss.). Por otro lado, y por razones obvias, el disenso —o, si se quiere, la ausencia de concordia— es menos *tolerable* en el derecho que en otras instituciones sociales y, en particular, que en la ética; en cierto modo, eso es lo que llevaba a Alexy a justificar discursivamente el derecho. Pero la rectificación, o el enriquecimiento, de la ética del discurso que supone la propuesta de Muguerza me parece que podría cumplir un papel importante para contrarrestar cierta tendencia al conservadurismo a la que es proclive —como luego se verá— la teoría de la argumentación de Alexy. Para decirlo brevemente, el *imperativo de la disidencia* —con todas las puntualizaciones y precisiones que se quiera— tendría que trasladarse también al campo de la argumentación jurídica. Una teoría de la argumentación no debe partir

sin más del postulado de que el derecho permite una respuesta correcta para cada caso (aunque no sea *una única*, como sostiene Alexy y MacCormick en oposición a Dworkin). Quizás haya supuestos en que, manteniéndose dentro del derecho, no puede llegarse a ninguna respuesta correcta, pero en los que, sin embargo, sigue habiendo necesidad de argumentar jurídicamente (*cfr*. Atienza, 1989a).

D. *Sobre la fundamentación de las reglas del discurso*

Una cuarta crítica que cabe dirigir a la teoría del discurso en cuanto tal, que formula Alexy, concierne al problema de la justificación de las reglas del discurso. Ya hemos visto que en su *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy (1978a), por un lado, distinguía cuatro modos de justificación (técnico, empírico, definicional y pragmático-universal), y, por otro lado, señalaba cómo habría que usar los mismos. Sin embargo, en un trabajo posterior (*cfr*. Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, pp. 266 y ss.), además de este *modelo de discurso acerca el discurso*, Alexy menciona otro posible modelo de justificación de las reglas del discurso: el *modelo de los principios*.

En el modelo de los principios, cabe distinguir tres niveles: el de las ideas, el de los principios y el de las reglas.

> La idea general de racionalidad práctica se encuentra en el primer nivel. En el segundo, a esta idea muy vaga se le da una interpretación más precisa por medio de los principios de la racionalidad práctica. Finalmente, en el tercer nivel, los principios relativamente vagos y que frecuentemente entran en colisión entre sí se definen y se coordinan en un sistema de reglas (Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, p. 266).

La teoría del discurso práctico general —la idea de racionalidad— puede ser descrita íntegramente por medio de seis principios. Todas las reglas del discurso práctico general —las 22 reglas y 6 formas de argumento— pueden asignarse a uno o más- de los siguientes principios: el principio de *consistencia* o de no contradicción; el principio de *eficiencia,* que se refiere, por un lado, a la eficiencia de la comunicación que tiene lugar en el discurso y, por otro, a la eficiencia de las propuestas normativas efectuadas durante el discurso; el principio de *contrastabilidad* (*testa-*

bility); el principio de *coherencia*, según el cual la conexión entre los enunciados y las teorías debe ser tan comprehensiva y cohesiva —unitaria— como sea posible;[35] el principio de *generalizabilidad* y el principio de *sinceridad*.

Ahora bien, lo que no está muy claro es cómo haya que coordinar estos dos modelos. Alexy se muestra un tanto ambiguo a este respecto.[36] Por un lado (*cfr.* Aarnio-Alexy-Peczenick, 1981, p. 266) afirma que el modelo de los principios cumple básicamente una función explicativa, y sólo en un sentido débil una función de justificación, mientras que en el caso del modelo de discurso de teoría del discurso (aunque Alexy no lo diga expresamnte) la situación parecería ser la inversa. Pero si esto es así, entonces lo que no se ve es por qué considerar al primero como un modelo de *justificación* de las reglas del discurso; y, además —como vimos a propósito de MacCormick—, parece razonable pensar que los principios cumplen, en relación con las normas, tanto una función de explicación como una función de justificación, y que incluso ambos aspectos no pueden separarse del todo. Por otro lado, sin embargo, al analizar el principio de coherencia,[37] podría pensarse (aunque tampoco aquí lo diga expresamente) que ambos modelos —el de los principios, representado por la idea de coherencia, y el del discurso de teoría del discurso, por la de consenso— se refieren a una misma idea de justificación, pero vista, respectivamente, desde el lado pasivo (el derecho como sistema de normas) o desde el lado activo (el derecho como sistema de procedimientos).

35 Un desarrollo de esta noción de coherencia puede verse en Alexy-Peczenik (1990).

36 Aquí es interesante indicar que Alexy agradece expresamente a Peczenik por haberle sugerido esta idea del modelo de los principios (*cfr.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, p. 266, nota 95).

37 *Cfr.* Alexy-Peczenik (1990). Las tesis que ahí sostienen, las resumen así: "La idea principal o el *concepto* de coherencia puede expresarse de la siguiente manera: Cuanto más se aproximen los enunciados pertenecientes a una determinada teoría a una perfecta estructura de apoyo, tanto más coherente es la teoría. El grado de *perfección* de una estructura de apoyo depende del grado en que se cumplan los siguientes criterios de coherencia: 1) el mayor número posible de enunciados apoyados pertenecientes a la teoría en cuestión; 2) la mayor longitud posible de las cadenas de razones pertenecientes a ella; 3) el mayor número posible de enunciados fuertemente apoyados pertenecientes a la teoría; 4) el mayor número posible de conexiones entre varias cadenas de apoyo pertenecientes a la teoría; 5) el mayor número posible de relaciones de preferencia entre varios principios pertenecientes a ella; 6) el mayor número y la mayor complejidad posible de las relaciones de apoyo recíprocas entre varios enunciados pertenecientes a la teoría; 7) el mayor número posible de enunciados universales pertenecientes a la teoría; el mayor número posible de conceptos generales pertenecientes a ella; el grado de generalidad más alto posible de los conceptos implementados en ella; el número más alto posible de semejanzas entre conceptos usados en ella; 8) el mayor número posible de interconexiones conceptuales entre varias teorías; 9) el mayor número posible de casos cubiertos por la teoría; y 10) el mayor número posible de ámbitos de la vida cubiertos por la teoría" (p. 130).

> Estas limitaciones —concluyen Alexy y Peczenik— no destruyen la idea de un sistema coherente de enunciados. Sin embargo, muestran que hay otro nivel que es importante, esto es, el nivel procedimental, en el cual las personas y sus actos de razonamiento juegan el rol decisivo. La idea de justificación conecta entre sí a estos dos niveles. La justificación requiere dos cosas. En primer lugar, requiere la creación de un sistema de enunciados tan coherente como sea posible. Por ello, es verdadero, quizás analíticamente verdadero, que si un sistema de normas o valores es mas coherente que cualquier otro sistema con el que entre en competencia,[38] entonces el consenso sobre aquél sería prima facie racional. En segundo lugar, la justificación requiere un procedimiento de argumentación tan racional como sea posible, que lleve a un consenso razonable. En una teoría del discurso racional se trata precisamente de este requisito (Alexy-Peczenik, 1990, pp. 145-6).

En definitiva, lo que no parece quedar claro es qué es lo que justifican cada uno de estos modelos.

Hay todavía otros dos aspectos en la exposición que Alexy efectúa de la fundamentación de las reglas del discurso que resultan ambiguos. Por un lado, no queda claro hasta qué punto las reglas del discurso racional tienen o no un carácter universal. Puesto que el discurso de teoría del discurso parte de las convicciones realmente existentes de los participantes, la existencia de diversas formas de vida parece llevar también a que quepa formular diversos sistemas de reglas. Dicho de otra manera, algunas de las reglas del discurso racional formuladas por Alexy serían contingentes, esto es, culturalmente dependientes, mientras que otras tendrían un valor universal (*cfr.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, pp. 371-372). Pero, ¿cuáles serían contingentes y cuáles no? Supongamos que cabe aceptar —como Alexy lo hace— que las reglas de razón tienen un carácter universal. Pero, ¿qué pasa con las otras? Si fuera racional también dejar de seguir alguna de estas, entonces no es ya que pueda existir más de una respuesta correcta (esto es, más de una respuesta que se mantenga dentro de los límites marcados por las reglas del discurso), sino que podría ser correcta también una respuesta dada en infracción de alguna de estas reglas. Pero entonces, ¿sigue teniendo sentido sostener que las reglas del discurso suministran un criterio de corrección objetivo?[39]

38 Según Günther, el principio de coherencia no se refiere a la verdad o corrección de una norma, sino al carácter apropiado de su aplicación a un caso. Por ello, los argumentos de coherencia son esenciales en la aplicación imparcial de una norma (*cfr. infra,* apartado III, 2, A).

39 El resultado del discurso, según Alexy, no es ni sólo relativo ni sólo objetivo: "Es relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes; y objetivo en la

Por otro lado, para justificar el carácter universal de las reglas de razón, Alexy apela a la fundamentación pragmático-universal o pragmático-trascendental. Sin embargo, él considera también que el argumento pragmático trascendental sólo tiene éxito si se completa con una premisa empírica: la de que

> [...] existe un número tan elevado de personas que tienen un interés en llevar a cabo el discurso no estratégicamente, que para aquéllos que quieren dirigirlo estratégicamente merece la pena actuar como si para ellos las reglas del discurso valieran también subjetivamente. Esto tendría como consecuencia que los participantes por razones estratégicas deberían orientar sus procedimientos de argumentación objetivamente hacia las reglas del discurso, para tener éxito y escapar a la crítica (Alexy, 1989, pp. 308-9).

Ahora bien, el problema aquí no es sólo el que puedan darse situaciones en que no exista un número suficiente de personas que tengan el interés mencionado (esto es, que falle la premisa empírica), sino que yo no veo que se pueda combinar de la forma que Alexy sugiere el modo pragmático-trascendental y el modo empírico de fundamentación. Si el argumento pragmático trascendental depende, en efecto, de una premisa empírica, entonces el fundamento no es ya pragmático-trascendental, sino empírico. La fundamentación pragmático-trascendental o bien es la fundamentación última, o no es fundamentación. Hablar de una fundamentación pragmático-trascendental débil, como hace Alexy (1989, p. 306), me parece tan inadecuado como hablar de razones *morales* débiles. Si se tiene una razón moral para efectuar X, entonces lo único que puede justificar no efectuar X es *otra razón moral* —pero no una razón de tipo distinto a la moral— que me lleve a preferir no-X.

2. *Críticas a la teoría del discurso jurídico*

La tesis central de la teoría de Alexy —como se ha dicho repetidamente— consiste en afirmar que la argumentación jurídica —el discurso jurídico— es un caso especial del discurso práctico general. A esta tesis se le puede dirigir tanto una crítica conceptual como una crítica que se centra en el alcance práctico de la teoría, o bien en su significado ideológico.

medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso" (1989a, p. 304).

A. *Aspectos conceptuales. Sobre la pretensión de corrección*

Desde un punto de vista conceptual, el primer reproche que cabe dirigir a la tesis del caso especial es que la misma resulta ser ambigua y por partida doble. Una primera ambigüedad deriva de que el acento de la tesis puede ponerse en la circunstancia de que el discurso jurídico sea un *caso* del discurso práctico general, con lo cual, lo que se subraya es el carácter racional de la argumentación jurídica, su proximidad al discurso moral; o bien en el hecho de que se trata de un caso *especial*, con lo cual, lo que se resalta son los déficits de racionalidad del discurso jurídico (*cfr*. Neumann, 1986, pp. 90-91). El segundo tipo de ambigüedad consiste —como ya se indicó antes— en que no está muy claro qué es lo que Alexy entiende por argumentación jurídica o discurso jurídico: en sentido estricto, el discurso jurídico sería un procedimiento de establecimiento estatal del derecho y el proceso judicial; en sentido amplio, también se argumenta jurídicamente en el contexto de estos últimos procedimientos, aunque Alexy reconozca que en ellos no sólo es cuestión de argumentar, sino también de decidir. Y aquí, a propósito de lo que he llamado *discurso jurídico en sentido estricto,* y que Alexy llama *discurso jurídico en cuanto tal* (1989a, p. 312), surge de nuevo cierta ambigüedad. Por un lado, Alexy indica que este —el discurso jurídico en cuanto tal— es un tipo de procedimiento no institucionalizado (lo que para él significa recuérdese- que no está regulado por normas jurídicas que aseguren que se llega a un resultado definitivo y que sea, además, obligatorio), lo que hace pensar que con ello se está refiriendo básicamente a la argumentación de la dogmática jurídica. Pero, por otro lado, cuando Alexy contrapone el *discurso jurídico en cuanto tal* al discurso en el proceso judicial (*ibidem,*), incluye en este último apartado las argumentaciones que llevan a cabo *las partes* en el proceso, mientras que la argumentación que lleva a cabo el juez pertenecería al primer contexto (que —recuérdese— había caracterizado como *no institucionalizado*).

El primer tipo de ambigüedad le permite a Alexy sortear —poniendo el énfasis en uno u otro aspecto de su tesis— las diversas críticas que se pueden dirigir contra su teoría, pero, naturalmente, el precio que tiene que pagar por ello es que, al final, la misma queda un tanto desdibujada. Por lo que se refiere al segundo tipo de ambigüedad (o sea, al problema de qué es lo que hay que considerar como discurso jurídico), podría pensarse que la

misma no es en realidad muy relevante, pues Alexy sostiene que la pretensión de corrección (lo que esencialmente hace que el discurso jurídico sea un tipo de discurso práctico general) se da en todos los tipos de argumentación jurídica de que se ha hablado. Sin embargo, me parece que esto no es del todo así; la ambigüedad sí alcanza plenamente a la segunda parte de su tesis, pues la especificidad de la argumentación jurídica —los déficits de racionalidad que plantea— es algo que varía con cada tipo de argumentación, y esto es algo que no está suficientemente subrayado por Alexy.

Ahora bien —dejando a un lado estos problemas de ambigüedad y yendo a cuestiones más substantivas—, ¿es cierto realmente, como pretende Alexy, que en los diversos contextos de la argumentación jurídica se erige una *pretensión de corrección (einen Auspruch auf Richtigkeit)?* ¿Y qué significa realmente esta pretensión de corrección?

Según Alexy, tanto en relación con las normas y decisiones jurídicas tomadas individualmente, como en relación con el sistema jurídico en su conjunto, se plantea una pretensión de corrección, la cual constituye un elemento necesario, respectivamente, del concepto de norma jurídica, de decisión jurídica y de derecho (*cfr*. Alexy, 1989b). Referido al caso de una decisión judicial, lo que quiere decir con ello es lo siguiente. Un juez que pronunciara el siguiente fallo: "En nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de pena de privación de libertad, lo cual es una interpretación equivocada del derecho vigente", incurriría en una *contradicción performativa*, pues al efectuar el acto de dictar una sentencia, el juez plantea una pretensión (la de que su sentencia es correcta, esto es, que resulta de una aplicación correcta del derecho vigente) que contradice el contenido del fallo. Se trataría de un supuesto análogo al de quien afirmara: "El gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo",[40] pues el acto de efectuar una afirmación forma parte la pretensión de lo que se afirma que es verdadero. Ahora bien, esta tesis de Alexy puede criticarse desde diversos puntos de vista.

En primer lugar, la existencia de una pretensión de corrección es, sin duda, más fácil de aceptar en ciertos ámbitos de la argumentación jurídica que en otros. Y donde más dudoso es que se dé dicha pretensión es en relación con la argumentación que llevan a cabo las partes en un proce-

40 A este último ejemplo, tomado de Hare, se refiere Alexy en diversas ocasiones. Véase, para este caso en concreto, Alexy (1989a, p. 314).

so.[41] Aquí no es sólo que exista un reparto asimétrico de roles y limitaciones de carácter temporal y objetual (que significaría vulnerar las reglas de razón), sino que, además, lo que parece que motiva, en general, la conducta de las partes no es tanto que el juicio sea justo o correcto, sino que el resultado a que se llegue les resulte beneficioso; lo que les mueve a actuar no es la búsqueda cooperativa de la verdad, sino la satisfacción de sus intereses (*cfr*. Neumann, 1986, pp. 84-85; Alexy, 1989a, p. 327). Alexy no niega del todo esto, pero considera que, a pesar de ello, las argumentaciones de las partes deben conceptualizarse como un caso especial del discurso práctico general, ya que aquí sigue planteándose una pretensión de corrección que se manifiesta en el hecho de que los participantes "al menos, hacen como que sus argumentos están construidos de manera tal que, bajo condiciones ideales, podrían encontrar el acuerdo de todos (*ibidem,* p. 317). Ahora bien, por un lado, el que se plantee una pretensión de corrección en el sentido antes indicado por Alexy no parece que sea una condición para la existencia de un discurso, sino, más bien, una condición para llevar a cabo una acción estratégica exitosa: quien desea llevar a buen término una negociación pretende —al menos muchas veces así lo hace— que el resultado que trata de alcanzar no es solamente el que favorece sus intereses —o los intereses que defiende—, sino también que el resultado es justo o correcto. La *pretensión de corrección* no parece significar aquí más que "pretensión de seriedad", esto es, que las partes —o sus representantes— plantean sus argumentos tomándose en serio las reglas del *juego* y su rol en el mismo; pero es difícil atribuir a esto algún significado moral. Además, si basta con ello para que pueda hablarse de discurso,[42] entonces lo que ocurre es que se desvanece la diferencia entre discurso y acción estratégica (*cfr*. Neumann, 1986, p. 85).

En segundo lugar, es posible pensar que la argumentación que lleva a cabo un juez y, sobre todo, un cultivador de la dogmática, está libre de los límites que hemos visto que afectan a las partes en un proceso. Pero hay al menos un tipo de limitación al que no pueden escapar: tanto la argumentación judicial como la argumentación dogmática tiene que darse

41 Habermas sostuvo en un momento que el proceso era un supuesto de acción estratégica, pero luego modificó su postura: "Robert Alexy [...] me han convencido de que las argumentaciones jurídicas, en todas sus acuñaciones institucionales, han de entenderse como un caso especial de discurso práctico" (Habermas, 1987, tomo 1, p. 60, nota 63).

42 Nótese que Alexy no exige que sea sincero al plantear la corrección, sino que "se haga como que...".

dentro del marco que fija el derecho positivo (incluyendo aquí los precedentes judiciales). Se puede aceptar sin más que la existencia de normas jurídicas que califican como obligatorio un comportamiento discursivamente posible no sólo no contraviene la racionalidad práctica, sino que es una exigencia de la misma; pero el problema surge en relación con las normas jurídicas injustas, esto es, las que obligan o permitan llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohiben acciones discursivamente obligatorias. ¿Sigue siendo la argumentación jurídica un ejemplo de racionalidad discursiva cuando hay que aplicar una norma claramente irracional o injusta?[43] Alexy (1989a, pp. 315-317) piensa que incluso en esta circunstancia no se destruye la tesis del caso especial. Su argumento fundamental para ello es que en la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones judiciales hay que distinguir dos aspectos. El primer aspecto se refiere a que la decisión se fundamenta correctamente *en el marco del orden jurídico válido*. El segundo aspecto, sin embargo, apunta a que el derecho válido sea racional o justo. "Una decisión judicial que aplica correctamente una ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella" (*ibidem,* p. 316). Un fallo como: "Se condena al señor N, en base a una ley injusta, a diez años de privación de libertad", no es una decisión perfecta jurídicamente, sino que padece de un defecto: en él se niega el segundo aspecto de la pretensión de corrección.

Ahora bien, lo que yo no veo es que con ello Alexy esté argumentando a favor de la tesis del caso especial. Él afirma que tampoco en este caso se rompe la conexión entre la racionalidad discursiva y el derecho, porque, aunque la racionalidad discursiva no pueda ya determinar el contenido de la decisión, "conforma la razón para su incorrección y la medida para su crítica" (*ibidem,* p. 317). Pero lo que no parece tener en cuenta es que afirmar que la argumentación jurídica *es* un supuesto de argumentación práctica racional y sostener que la racionalidad discursiva ofrece un modelo desde el cual se puede valorar el derecho —o la argumentación jurídica— son dos cosas distintas. Si la tesis de Alexy se reduce a lo segundo, su contenido sería más bien trivial. Y si se interpreta en el primer

43 El problema, naturalmente, se plantea también en relación con la dogmática, puesto que una de sus funciones centrales es la de suministrar a los jueces criterios que estos han de usar en la práctica. La mayor *distancia* del dogmático no significa que él no haya de adoptar también una actitud *comprometida* en relación con las normas; el suyo sería también un *punto de vista interno* frente a las normas, aunque su grado de compromiso sea de menor intensidad que el del juez.

sentido (como Alexy parece, en general, hacer), entonces habría que decir que, al menos en este supuesto, es falsa. En el ejemplo de fallo antes transcrito, cabe decir que se da el primer aspecto de la pretensión de corrección, pero no el segundo. Y si el juez quisiera evitar ese *defecto* de su decisión y justificara su fallo, por ejemplo, en el siguiente sentido: "Dado que la ley aplicable al caso es injusta, no se condena al señor N a la pena ahí establecida", entonces cumpliría con el segundo aspecto de la pretensión de corrección, pero no con el primero; su decisión sería ahora defectuosa, porque no está tomada en el marco del ordenamiento jurídico válido. En ninguna de las dos alternativas —y no parece que pueda plantearse una tercera— es posible satisfacer simultáneamente ambos aspectos de la pretensión de corrección. En definitiva, la tesis del caso especial sólo vale si se presupone la justicia del derecho positivo.[44]

En tercer lugar, la estrategia que utiliza Alexy en la defensa de su tesis es, por lo menos, discutible. El parte de que en las decisiones jurídicas —por ejemplo, en las decisiones judiciales— se plantea una pretensión de corrección, y de ahí infiere que el *proceso* para llegar a ese *resultado* puede describirse en términos de discurso práctico racional (Tuori, 1989, pp. 138-139). Si se entra a considerar, sin embargo, no sólo el resultado, la decisión, sino también el procedimiento para llegar a ella, es fácil ver que en el mismo no se respetan muchas reglas del discurso: en la argumentación que llevan a cabo las partes puede faltar el requisito de la simetría, de la ausencia de coacción y de la sinceridad; y en el caso de la argumentación dogmática, lo más que podría decirse es que se trata de discursos advocatorios o simulados, pues en ellos el derecho de participación está limitado a los expertos o a laos funcionarios, los cuales vendrían a actuar *en nombre de* o *como si* ellos fueran las partes reales (*ibidem,* pp. 139-141; también Tuori, 1988).

En cuarto lugar —y esta crítica tiene mucho que ver con las dos anteriores—, Alexy no distingue con claridad entre estos dos tipos de discurso posibles a propósito de normas: el discurso dirigido a justificar una norma y el discurso dirigido a aplicarla. En el primero se trata de justifi-

44 La caracterización que Alexy hace de la argumentación jurídica en relación con el discurso moral es análoga a la que presenta Carlos Nino a propósito de la institución democrática. Para Nino, la democracia es un *sucedáneo* del discurso moral, pues "se trata de una especie de discurso moral *regimentado* que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de las exigencias que hacen que ese discurso sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas" (Nino, 1989, p. 388).

car que una norma es válida, lo cual exige un procedimiento en el que se tomen en consideración los intereses de todos los afectados; en el segundo se trata de mostrar el carácter apropiado (*die Angemessenheit*) de la aplicación, lo que exige un procedimiento en que se consideren todos los aspectos de la situación (*cfr*. Günther, 1989a y, con mayores detalles, 1989b). Alexy reconstruye la lógica de la argumentación jurídica según el modelo del discurso de fundamentación (el primer tipo de discurso), y de ahí su tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico racional. Sin embargo, las reglas y formas del discurso práctico general no se cumplen en la argumentación jurídica. La única regla —entiende Günther— que caracteriza el discurso de fundamentación es el principio de universalización de la ética discursiva (esto es, la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados), pero esta regla no aparece —y no puede aparecer— en el discurso jurídico. La argumentación jurídica no sería un caso especial del discurso práctico general, sino un *aliud* (*cfr*. Günther, 1989b, p. 187). Sería un caso especial (bajo condiciones de tiempo escaso y conocimiento incompleto) del discurso moral de aplicación, el cual no se caracteriza por la existencia de una pretensión de corrección (en el discurso de aplicación se presupone —no se establece— la corrección o validez de las normas), sino por la pretensión del carácter apropiado de la aplicación. Un enunciado normativo singular sólo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y si su aplicación es apropiada, esto es, tiene en cuenta de forma imparcial todas las circunstancias del caso (*cfr*. Günther, 1989b, p. 190).

En quinto lugar, el modelo de racionalidad discursiva utilizado por Alexy no puede aceptarse como un modelo *general*, válido para todos los campos de la argumentación jurídica. Sólo cubriría lo que Habermas llama el derecho *como institución*, esto es, el derecho que regula las esferas de actividad del mundo de la vida, pero no el derecho *como medio*, esto es, las reglamentaciones jurídicas que organizan los subsistemas de la economía, del Estado o de la Administración pública (*cfr*. Tuori, 1989, p. 134 y Habermas, 1987). O, si se quiere decir de otra manera, en la justificación de las decisiones jurídicas se utilizan no sólo razones de corrección, sino también razones finalistas.[45] Puede pensarse que las razones de

45 *Cfr*. Summers (1978) y *supra*, capítulo quinto, apartado II, 6. La distinción viene a coincidir también con la que efectúa Dworkin entre argumentos basados en principios y argumentos a partir de *policies* (*cfr*., por ejemplo, Dworkin, 1985, capítulos 18 y 19).

corrección están situadas en un nivel superior a las otras (esto es, las razones de corrección controlan las razones finalistas), pero, con todo, parece claro que en relación con las argumentaciones que se producen, por ejemplo, en el campo del derecho administrativo o del derecho económico, justificar una decisión significa a menudo no tanto —o no sólo— mostrar que es correcta (que es discursivamente racional), sino que permite alcanzar determinados fines. Es cierto que Alexy no descuida del todo este aspecto de la argumentación jurídica, pero la atención que le presta es seguramente insuficiente. No basta con reconocer que en las argumentación jurídica tienen lugar razonamientos consecuencialistas o teleológicos, sino que habría que mostrar también cómo se articulan estas dos dimensiones, esto es, cómo se relacionan entre sí las razones finalistas y las razones de corrección (*cfr*. Summers, 1983).

B. *El alcance de la teoría*

Esto último enlaza con otra perspectiva crítica que puede adoptarse en relación con la concepción de Alexy: la de la aplicabilidad o utilidad de su teoría. En el apartado II, 5 hemos visto cómo el propio Alexy estaba consciente de los límites de su planteamiento, que, en su opinión, consistían en que la concepción discursiva de la racionalidad no podía garantizar que para cada problema jurídico exista una única respuesta correcta; este límite, por otro lado, no afecta únicamente al discurso real, sino también al discurso ideal. Pero eso, según Alexy, no anula en absoluto la utilidad de la teoría. Veamos ahora hasta qué punto esto es así.

En primer lugar, una teoría de la argumentación jurídica que pretenda dar cuenta de los diversos procesos de razonamiento que tienen lugar en el derecho tendría que partir, probablemente, de un modelo más complejo que el considerado por Alexy. En concreto, es razonable pensar que tendría que permitir integrar la racionalidad discursiva con criterios de racionalidad estratégica (dirigidos a establecer compromisos entre intereses particulares) y de racionalidad instrumental (dirigidos a conectar medios y fines; por ejemplo, cómo lograr ciertos objetivos mediante el establecimiento —o aplicación— de las normas). Como ha escrito Tuori —en relación con el campo de la aplicación del derecho—:

> La reconstrucción racional del procedimiento de aplicación del derecho —al igual que la reconstrucción racional de la dogmática jurídica— parece tam-

> bién requerir como soporte una teoría general de los discursos prácticos o de la formación racional de la voluntad colectiva, y no meramente una teoría de los discursos práctico-morales tal como el que ha proporcionado la teoría de la ética discursiva (Tuori, 1989, p. 141).

Por otra parte, una teoría verdaderamente general de la argumentación jurídica tendría que delimitar con más precisión que lo que lo hace Alexy los diversos contextos de la argumentación jurídica, entrando en detalles sobre las especificidades de cada uno de ellos y sobre sus relaciones mutuas. En particular, sería importante desarrollar una lógica de la argumentación que se lleva a cabo en el establecimiento de las normas jurídicas, que es algo que en la obra de Alexy apenas se insinúa.

En segundo lugar, si se compara el concepto de racionalidad práctica de Alexy con el de MacCormick, quizás haya que llegar a la conclusión de que el progreso que en principio parecía suponer la asunción de una concepción más amplia de la racionalidad y el paso de una concepción monológica (representada por la idea del espectador imparcial) a otra dialógica (caracterizada por la noción de comunidad ideal de diálogo) es más aparente que real. La razón práctica de Alexy no llega en realidad más allá de donde dejaba las cosas MacCormick, pues —como se ha visto— Alexy, por un lado, reconoce que en el proceso de establecimiento y de aplicación del derecho (y la argumentación dogmática está dirigida, en última instancia, a alguno de estos dos confines del ordenamiento jurídico) se trata no solamente de argumentar racionalmente, sino también de decidir; al igual que para MacCormick, para Alexy la racionalidad práctica es una virtud limitada. Y, por otro lado, Alexy reconoce que el procedimiento discursivo no puede realizarse normalmente en la práctica, sino que se lleva a cabo hipotéticamente, en la mente de una persona. Ahora bien, si esto es así, la ventaja que en principio supondría la comunidad ideal de diálogo frente al espectador imparcial puede desaparecer; no hay mayor diferencia entre apelar —como criterio último de la racionalidad jurídica— a una u otra instancia. Probablemente sea esto lo que explique que Alexy, en forma semejante a MacCormick, sitúe su concepción de la argumentación jurídica en un lugar intermedio entre el decisionismo o irracionalismo, por un lado, y el absolutismo o cognoscitivismo, por el otro (*cfr*. Alexy, 1982, p. 30).

En tercer lugar, el criterio que ofrece Alexy para medir la racionalidad o justificabilidad de las decisiones jurídicas es, por un lado, demasiado

lato y, por otro lado, demasiado estrecho. En efecto, las reglas del discurso jurídico que elabora no pueden servir como criterio para los casos difíciles, pues dado el carácter más bien formal y flexible de las mismas, lo que normalmente ocurrirá es que las diversas soluciones en presencia (por ejemplo, las opiniones sostenidas por la mayoría y la minoría de un tribunal en un caso controvertido) se mantendrán dentro de lo discursivamente posible. De la misma forma que MacCormick —para resolver un problema análogo— acudía a la argumentación consecuencialista (que —recuérdese— tenía que operar dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia), Alexy tendría que haber desarrollado algo así como una teoría de la razonabilidad que suministrara algún criterio para elegir, de entre las diversas soluciones racionales, la más razonable. Pero los criterios de racionalidad práctica de Alexy son, al mismo tiempo, demasiado estrictos. Por un lado, ya hemos visto que la regla fundamental del discurso práctico general (la consideración recíproca de los intereses de todos los afectado) no parece regir en el discurso jurídico de aplicación de las normas. Además, la exigencia de sinceridad [formulada en la regla (1.2)] no puede respetarse cuando se argumenta utilizando ficciones, lo que no parece ser siempre una forma condenable de argumentación en el derecho (*cfr*. Atienza, 1989a). Y otras reglas, como la de la obligación de citar los precedentes (J.13) o de usar los argumentos dogmáticos (J.12), no parecen regir en ordenamientos jurídicos —por ejemplo, en el español— en que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales no forman parte de las fuentes obligatorias del sistema.

En cuarto lugar, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy no aporta demasiado en el plano analítico (esto es, no contribuye significativamente al análisis de la estructura del razonamiento jurídico) ni en el empírico (no puede considerarse que lleve a una descripción adecuada de la argumentación jurídica tal y como, de hecho, tienen lugar). Su objetivo fundamental no parece ser el análisis o la descripción de la justificación de las decisiones jurídicas, sino la justificación de tales procesos de justificación.

Si interpretamos —pero ya hemos visto que ésta no es la interpretación de Alexy— que la teoría no es ni descriptiva ni analítica, sino prescriptiva, entonces quizás se pueda comprender mejor —y aceptar— la tesis de que existe una conexión necesaria entre el discurso jurídico y el discurso práctico general. Una decisión jurídica, o un a norma jurídica, sólo puede considerarse racional si se puede justificar desde una instancia —metaju-

rídica— caracterizada por el cumplimiento de las reglas del discurso. Ello quiere decir, por ejemplo, que un participante en el proceso de la argumentación jurídica —un juez o un jurado— podría incumplir alguna de las reglas del discurso (por ejemplo, el principio de sinceridad: engaña a los otros miembros del tribunal o del jurado; deja de utilizar —o evita que se utilicen— argumentos que piensa podrían hacer que los otros participantes en la discusión se decantasen hacia una solución que no es la que a él le parece justa), pero esa regla tendría que seguir vigente en el nivel metajurídico, desde el que se produce la evaluación de la argumentación (aquí, la mentira tiene que poder justificarse declarándola como tal, esto es, sin mentir). Y si se ven así las cosas, entonces el discurso jurídico no sería un caso especial del discurso práctico general, sino que este sería simplemente la instancia desde la que puede —y debe— evaluarse aquél.

C. *Crítica ideológica*

Sin embargo (y ello sería el tercer motivo general de crítica a la tesis de Alexy), este no ha mantenido siempre con claridad la distinción entre el plano de la descripción y el de la prescripción. Tuori ha escrito acertadamente que

> El principio de legitimación formulado en términos de una teoría del discurso reconstructiva no debe entenderse como una descripción de la práctica presente de la adjudicación. De otra manera, existe el peligro de que este principio se transforme en una ideología de legitimación. En orden a evitar este peligro, tenemos que enfatizar el carácter normativo-crítico del principio de legitimación, en lugar de su uso descriptivo (Touri, 1989, p. 142).

Pero en la obra de Alexy hay por lo menos indicios de que no ha sorteado del todo este peligro y de que su teoría de la argumentación cumple, entre otras, una función ideológica consistente en justificar —de manera acrítica— un determinado modelo de derecho: el del Estado democrático y constitucional. Señalaré ahora cuáles son esos indicios.

En primer lugar, conviene recordar que el objetivo central que se traza Alexy es el de formular un código de la razón jurídica que se sitúe en el interior del código de la razón práctica general (*cfr*. Alexy, 1988c). Ahora bien, mientras que en la parte de su teoría destinada a exponer las reglas

del discurso práctico general la perspectiva de Alexy es inequívocamente normativa, cuando pasa al discurso jurídico se vuelve esencialmente descriptiva: las reglas de la razón jurídica propuestas por Alexy no son otra cosa que las reglas tradicionales del método jurídico (*cfr*. Gianformaggio, 1984, pp. 495-496). Tanto es así, que Tugendhat ha podido escribir que, de acuerdo con Alexy, parecería como que el nuestro fuese "el mejor de todos los mundos jurídicos imaginables" (Tugendhat, 1980, p. 4).

En segundo lugar (y esto va muy unido a la anterior consideración), en ocasiones da la impresión de que Alexy idealiza algunas de las instituciones centrales del derecho moderno. Esta actitud es especialmente manifiesta en relación con la dogmática jurídica, que él tiende a presentar más que como una instancia que opera dentro de los límites del derecho positivo, como la que marca los límites a éste. Y también en relación con el proceso. Como ha escrito —a propósito de esta última cuestión— Gianformaggio: "Mediante la vinculación que Alexy opera entre *proceso* y *discurso*, no es ya que el discurso pierde los requisitos fijados por el autor precedentemente,[46] sino que el proceso asume connotaciones positivas que en el uso corriente no comporta" (Gianformaggio, 1984, p. 503).

En tercer lugar —y como hemos visto que ocurría también con MacCormick—, Alexy elude más bien plantearse la cuestión de qué significa argumentar jurídicamente a partir de normas que se consideran injustas. Al igual que MacCormick, él parte de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles y acepta que, en relación con estos últimos, no existe una *única* respuesta correcta. Pero lo que no parece tomar en consideración —como antes anticipé— es la posible existencia de casos —a los que quizás se podría llamar casos *trágicos* (*cfr*. Atienza, 1989a)— en los que no existe *ninguna* respuesta correcta, esto es, casos jurídicos que no pueden decidirse si no es vulnerando el ordenamiento jurídico.

Finalmente, la tesis de Alexy de que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral se presta también a una utilización ideológica en el siguiente sentido. Según Alexy (1989b y 1990), esta conexión tiene un carácter *definicional* en relación con el sistema jurídico tomado como un todo, lo que quiere decir que un orden social *sin sentido* (su único propósito es asegurar la explotación de los gobernantes —*rulers*—) no sería un orden *jurídico*; se trataría, sin embargo, de un sistema jurídico —por muy injusto que fuera— si quienes establecen las normas

46 Gianformaggio se refiere a la crítica que Rottleuthner (1979) dirige a Alexy.

—los gobernantes— plantean una pretensión de corrección no sólo frente a su grupo —como ocurriría en el caso de una banda de ladrones—, sino frente a todos. Y tiene un carácter *cualificador* (*a qualifying character*) en relación con las normas jurídicas y con las decisiones jurídicas tomadas individualmente, lo que quiere decir que una norma o una decisión que no cumpla ciertos criterios morales (por ejemplo —como antes hemos visto— una decisión que aplica una norma irracional o injusta) es una norma o jurídica, pero que padece un defecto jurídico; o sea, no es jurídicamente perfecta. Ahora bien, vincular a la noción de pretensión de corrección —tal y como la entiende Alexy— un significado moral no me parece que cumpla ninguna función de clarificación conceptual, pero sí lleva a atribuir a lo jurídico —por lo menos en principio— un sentido encomiástico en forma, me parece, un tanto arbitraria.[47] Por un lado, en relación con el sistema jurídico en su conjunto, este podría estar dotado de pretensión de corrección pero —como hemos visto— ser considerablemente injusto. Y una norma o una decisión jurídica podría no satisfacer del todo la pretensión de corrección, sin dejar por ello de ser jurídica. Pero entonces, ¿de qué vale decir que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral? ¿No suena a paradójico el que existiendo una conexión conceptualmente necesaria pueda, sin embargo, hablarse de derecho injusto, de norma jurídica injusta o de decisión jurídica injusta? ¿No sería preferible partir de una noción más fuerte de la moral —que incluso podría basarse en una ética discursiva— que, desde luego, no permitiría explicar satisfactoriamente —pero tampoco justificar sin más— el derecho positivo, sino tan sólo juzgarlo como más o menos valioso según su grado de aproximación a la moral?

47 Algo parecido podría decirse de la concepción de Peczenik (1990). En mi opinión, es bastante sintomático el hecho de que todo esto se parezca bastante no solo a la respetable —pero no se si muy interesante— teoría de la *moralidad interna* del derecho de Fuller (1964, *cfr.* Siltala, 1990), sino también —al menos para mí— poco estimulante definición que del derecho daba Legaz en la época franquista, al caracterizarlo como "un punto de vista sobre la justicia" (Legaz 1961, p. 292).

CAPÍTULO SÉPTIMO
PROYECTO DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 203
I. Introducción 203
II. El objeto de la teoría 204
III. Problemas metodológicos 207
1. Representación de la argumentación 208
2. Criterios de corrección 215
IV. Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica . . . 216

CAPÍTULO SÉPTIMO

PROYECTO DE UNA TEORÍIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo con que se iniciaba este libro he tratado de presentar una caracterización general de la argumentación jurídica tomando como guía básicamente la lógica formal deductiva. Una aproximación de este tipo, sin embargo, no permitía dar cuenta de todos los aspectos de la argumentación jurídica o de la argumentación en general. La conciencia —a veces exagerada— de esta insuficiencia de la lógica es lo que dio origen, a partir de los años cincuenta, a lo que hoy solemos entender como *teorías de la argumentación jurídica*. Las cinco concepciones seleccionadas, y expuestas en los anteriores capítulos con cierto detalle, pueden subdividirse, a su vez, en dos grupos. En el primero habría que incluir la obra de los tres autores, Viehweg, Perelman y Toulmin, que —como anteriormente se ha dicho— pueden considerarse como los precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Las obras de MacCormick y de Alexy representan, precisamente, lo que me parece puede denominarse *la teoría estándar*.

Tanto en relación con las obras de los primeros como las de los segundos he seguido un mismo método expositivo. En primer lugar, me he esforzado por presentar un resumen de las ideas del autor en cuestión acerca de la argumentación, que resultara lo más claro y lo menos simplificador posible. Luego, he tratado de mostrar las principales objeciones que cabría dirigir a esa concepción. Ahora procuraré presentar esas críticas de una manera más global, y sugeriré también cuáles son, en mi opinión, las líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada.

Una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál sea el objeto, el método y la

función de la misma. Dicho de otra manera, se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, cómo lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifiesta o latente, cumple. Las teorías de la argumentación jurídica que se han examinado en los capítulos anteriores son deficitarias en esas tres dimensiones aunque, desde luego, no lo sean todas ellas en la misma medida. Si nos centramos en las dos últimas, esto es, en las de MacCormick y Alexy, podría decirse que las mismas resultan insuficientes en cuanto que: descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del razonamiento jurídico; no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar los resultados de los mismos; y tienen un interés limitado para el teórico y el práctico del derecho, al tiempo que resultan insuficientemente críticas en relación con el derecho positivo, considerado tanto estática como dinámicamente. Trataré ahora de aclarar el sentido de estas críticas, ofreciendo en algunos casos algunas propuestas alternativas.

II. El objeto de la teoría

Las insuficiencias de la teoría estándar de la argumentación jurídica, desde el punto de vista del objeto, han quedado puestas de relieve desde las primeras páginas de este libro, cuando se indicaron cuáles eran los diferentes ámbitos de la vida jurídica en que tenían lugar argumentaciones. La construcción de una teoría alternativa, desde esta perspectiva, ha de consistir en un proceso de generalización de la teoría, que debería llevarse a cabo considerando, al menos, las siguientes dimensiones.

En primer lugar, no se puede olvidar que la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, en gran parte, una argumentación sobre hechos, mientras que la teoría estándar se ocupa, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo. Con ello, sin embargo, no sólo se deja fuera del ámbito de estudio la mayor parte de las argumentaciones que se producen fuera de los tribunales superiores —y que es una argumentación sobre hechos—, sino que tampoco se da cuenta suficientemente de la argumentación a propósito de cuestiones normativas, puesto que también en relación con este tipo de problemas surgen discusiones sobre hechos que pueden llegar a tener una importancia incluso decisiva. La construcción de una teoría de la argumentación jurídica que también dé cuenta de este

tipo de razonamiento jurídico (o de este aspecto del mismo) debería conducir, por un lado, a una mayor aproximación hacia teorías de la argumentación que se desarrollan en otros ámbitos, como la argumentación científica y la argumentación de la vida ordinaria. Por otro lado, obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo ha de desarrollarse en estrecho contacto con la teoría moral y con lo que normalmente se llama *teoría del derecho*, sino también con la sociología del derecho, entendida como teoría sociológica y como investigaciones de tipo empírico.

En segundo lugar, la teoría de la argumentación jurídica tendría que dar cuenta no sólo de los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, así como en la elaboración de la dogmática jurídica, sino también de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho. Si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar —racionalizar— el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender este control al momento de la producción de las normas. Alexy, como hemos visto, consideraba que una de las condiciones limitadoras del discurso jurídico (lo que hace que este sea precisamente un caso especial en *relación* con el discurso práctico general) es el respeto a la ley. Pero eso parece que tiene que llevar a pensar que la racionalidad en la aplicación del derecho depende de la racionalidad en la legislación; que la argumentación del juez, de las pares en el proceso o de los dogmáticos, no es independiente de la que tiene lugar en el parlamento o en los órganos administrativos que producen normas jurídicas válidas.

Para estudiar este aspecto de la argumentación jurídica, convendría, desde luego, distinguir entre una fase prelegislativa, otra propiamente legislativa y otra postlegislativa; pero, además, se necesitaría partir de alguna teoría de la legislación que cumpliera un papel parecido al que juega la teoría del derecho en relación con el razonamiento jurídico que produce en la fase de interpretación y aplicación del derecho (piénsese, por ejemplo, en la relación entre la teoría jurídica de Hart y la concepción del razonamiento jurídico de MacCormick). En mi opinión (*cfr.* Atienza, 1989b), la legislación —y, en general, el proceso de producción de las normas jurídicas— puede verse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: los edictores, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores de las normas. Ello lleva también a

considerar que la racionalidad legislativa puede contemplarse desde varios niveles, cada uno de los cuales parece sugerir un tipo característico de argumentación. Tendríamos, en concreto: una racionalidad lingüística, entendida en el sentido de que el mismo —edictor— debe ser capaz de transmitir de forma inteligible un mensaje —la ley— al receptor —el destinatario—; una racionalidad jurídico-formal, pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico previamente existente; una racionalidad pragmática, ya que la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica, pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética, en cuanto que las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. Desde esta última perspectiva —y parece claro que las otras instancias tendrían que subordinarse a la ética— podría plantearse la cuestión de si la argumentación que se lleva a cabo para promulgar una ley —por ejemplo, en el contexto de un Estado de derecho— es o no racional; la de cuáles serían las reglas y formas de razonamiento por añadir a las del discurso práctico general, que vendrían a ser análogas a las que rigen en la argumentación jurídica que tiene lugar en los procesos de interpretación y aplicación del derecho; o la de si lo anterior se aplica sólo a la fase propiamente legislativa —por ejemplo, a la discusión en el parlamento— o podría extenderse también a la fase prelegislativa y postlegislativa.

En tercer lugar, y situándonos ahora en el contexto de la aplicación del derecho, la teoría estándar de la argumentación jurídica sólo considera el proceso que suele denominarse como *adjudicación*, pero prácticamente olvida por completo que la resolución de problemas jurídicos es, con mucha frecuencia, resultado de una mediación o de una negociación, lo que significa un proceso que no consiste ya simplemente en aplicar normas jurídicas aunque, naturalmente, las normas jurídicas sigan jugando aquí un papel relevante. Elaborar una teoría de la argumentación jurídica que tenga en cuenta también el tipo de razonamiento que tiene lugar en el contexto de estos procedimientos —jurídicos— de la resolución de conflictos no es sólo importante por razones prácticas, sino también por razones teóricas. Considerada la cuestión desde el punto de vista de cuáles son los criterios de corrección de la argumentación, ello debería llevar a operar con un modelo complejo de racionalidad práctica; la racionalidad

discursiva tendría que combinarse aquí con la racionalidad estratégica, con lo que, al final, se produce una aproximación de la argumentación que tiene lugar en este ámbito a la argumentación legislativa.

En cuarto lugar, la teoría de la argumentación jurídica no puede tener un carácter puramente prescriptivo, sino que ha de ser también descriptiva; con ello quiero decir que debe ser capaz de dar cuenta suficientemente de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica. Esto puede entenderse, a su vez, en dos sentidos.

Por un lado, dentro del contexto de justificación, se necesita contar no sólo con criterios sobre cómo han de justificarse las decisiones (esto es, sobre cómo ha de argumentarse para considerar que la decisión resultante está justificada), sino también con un método que permita describir cómo se fundamentan de hecho las decisiones tomadas. Dicho de otra manera —y como se vio en el capítulo primero—, tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación se puede llevar a cabo un tipo de discurso doble: descriptivo y prescriptivo.

Por otro lado, el estudio de la argumentación jurídica no tiene por qué limitarse al contexto de la justificación, sino que sería importante que se extendiera también al del descubrimiento. En realidad, es muy posible que esta distinción tuviera que relativizarse, pues no está nada claro que siempre se pueda o se deba separar tajantemente estos dos aspectos (lo que, por cierto, no tiene por qué significar poner en cuestión la distinción entre el plano de la descripción y el de la prescripción). Por ejemplo, de cara a la elaboración de sistemas jurídicos expertos aparece que lo que interesa no es sólo la cuestión de cómo los juristas fundamentan sus decisiones (esto es, cuál es el tipo de argumentación que consideran sirve de justificación para una decisión), sino también la de cómo llegan, de hecho, a esa decisión (esto es, cuál es el proceso mental —el proceso argumentativo— que les lleva ahí).

III. Problemas metodológicos

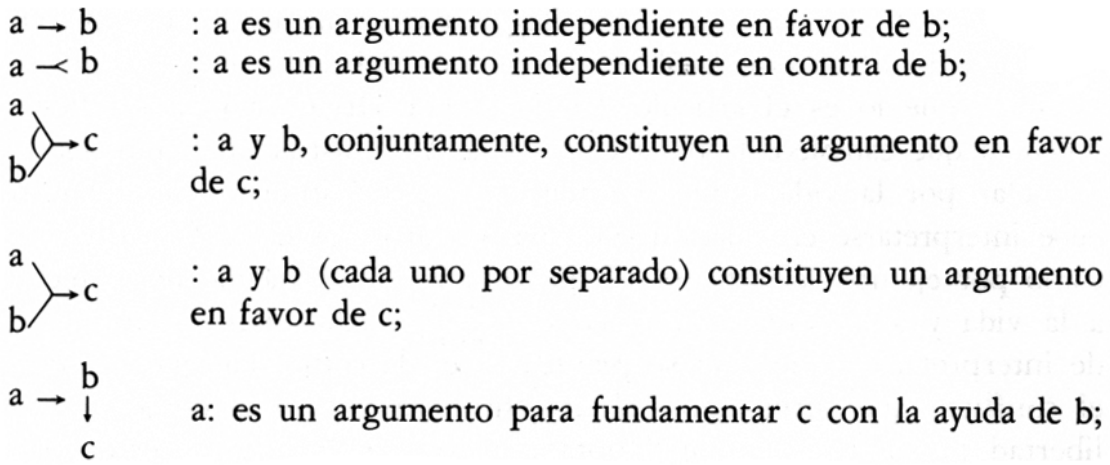
Una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada tendría que disponer —como se acaba de decir— de un método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación (al menos, la fundamentación de una decisión, tal y como aparece plasmada en las sentencias y en otros documentos jurídicos), así como de criterios

—tan precisos como sea posible— para juzgar sobre la corrección —o sobre la mayor o menor corrección— de esas argumentaciones y de sus resultados, las decisiones jurídicas.

1. *Representación de la argumentación*

En mi opinión, uno de los mayores defectos de la teoría estándar de la argumentación jurídica es precisamente que esta no ha elaborado un procedimiento que permita representar adecuadamente cómo los juristas fundamentan de hecho sus decisiones. Tanto MacCormick como Alexy recurren a estos efectos a la lógica formal deductiva —digamos, la lógica clásica—, pero me parece que esta, por sí sola, no es un instrumento suficiente para cumplir ese objetivo. Básicamente, porque en los procesos de argumentación jurídica —así como en la argumentación en la vida ordinaria— juegan un papel fundamental las relaciones de *ser un argumento a favor de* y *ser un argumento en contra de,* que no pueden traducirse adecuadamente en términos de la noción habitual de inferencia lógica: *x* puede ser un argumento a favor de *y* y *x* ser verdadero (o, en general, válido), sin que por ello tenga que serlo *y*; por ejemplo, porque *z* es un argumento en contra de *y* que tiene mayor peso que *x*. Por otro lado, el proceso de argumentación no es, por así decirlo, lineal, sino más bien reticular; su aspecto no recuerda a una cadena, sino a la trama de un tejido.

Un fragmento de argumentación jurídica podría, en mi opinión (*cfr.* Atienza, 1990b), representarse adecuadamente si se utilizan diagramas que permitan dar cuenta tanto del aspecto sintáctico como del aspecto semántico y pragmático de la argumentación. Así, en primer lugar, hay que representar las relaciones que guardan los argumentos entre sí. Por ejemplo:

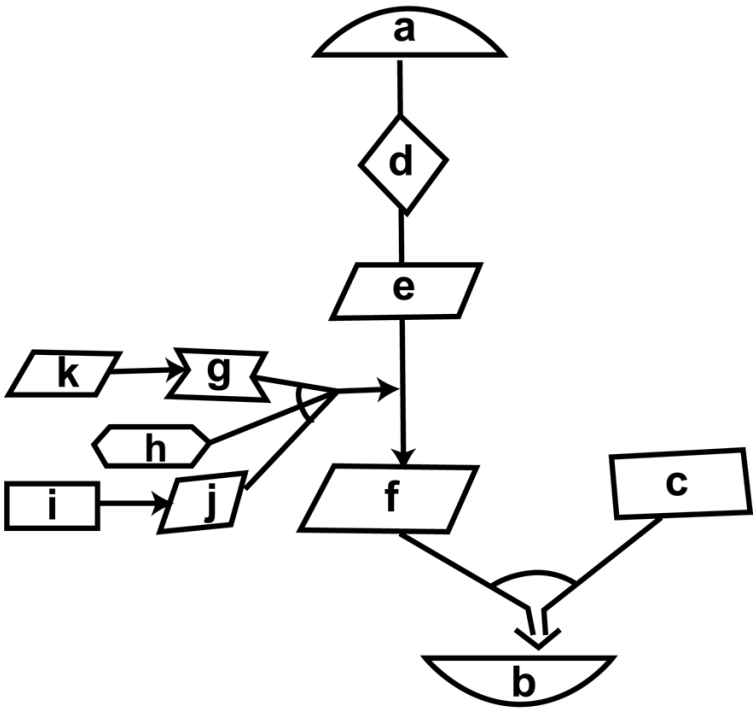

a → b
: a es un argumento independiente en favor de b;
a ≺ b
: a es un argumento independiente en contra de b;
a
b
c
: a y b, conjuntamente, constituyen un argumento en favor de c;
a
b
c
: a y b (cada uno por separado) constituyen un argumento en favor de c;
a → b
c
a: es un argumento para fundamentar c con la ayuda de b;

etc. En segundo lugar, el aspecto semántico (el sentido de los enunciados) está representado en los esquemas anteriores por las letras minúsculas a, b, c, etc. Y para el aspecto pragmático, es decir, para indicar cuál es el tipo de acto de lenguaje que se efectúa con el enunciado, puede recurrirse a las siguientes figuras geométricas:

planteamiento de un problema;
afirmación de un enunciado empírico (universal o singular);
adopción de un enunciado normativo que obliga, prohibe o permite hacer algo;
formulación de una pregunta que se puede hacer en el curso de la argumentación y que puede tener una o más salidas;
asunción de un juicio de valor;
establecimiento e una definición o de un postulado de significado;
adopción de un principio (que puede considerarse algo a mitad de camino entre un valor y una norma); etc.

Para mostrar cómo se pueden utilizar las anteriores ideas, volveré a tomar el ejemplo del caso de los Grapo a que se hizo referencia en el capítulo primero (*cfr*. nota 1). El Tribunal Constitucional, en sentencia de 27 de junio de 1990, sostuvo, a propósito de la cuestión de si se debía o no alimentar por la fuerza a los presos del Grapo cuando su salud se viera amenazada como consecuencia de la prolongación de la huelga de hambre (a), que la administración tenía en efecto esta obligación (b), si se daba la circunstancia antes indicada de riesgo para la salud (c). Para llegar a esa conclusión, el tribunal comienza planteándose cuál es la norma aplicable al caso (d), y entiende que es el artículo 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que establece la obligación de la administración penitenciaria de velar por la vida, salud e integridad de los internos (e), el cual debe interpretarse en relación con diversos artículos de la Constitución, como, por ejemplo, el artículo 15 que establece el principio del derecho a la vida y a la integridad física y moral. Ahora bien, el problema de interpretación que aquí se plantea es el de cómo hay que resolver el conflicto que surge entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal. El tribunal opta por considerar que, en este caso, el valor vida humana debe prevalecer sobre el valor autonomía personal, lo que significa crear o reformular una norma, según la cual, cuando la salud de un interno corre grave riesgo como consecuencia de una huelga de hambre

reinvindicativa, la administración tiene la obligación de alimentarle, incluso por la fuerza (f). A favor del paso de (e) a (f), el tribunal constitucional dio, básicamente, estas tres razones: el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte (g); los presos no usan de la libertad reconocida en el artículo 15 de la Constitución para conseguir fines lícitos, sino objetivos no amparados por la ley (h); los reclusos están frente a la administración en una "relación especial de sujeción" (i), lo que permite imponer limitaciones a sus derechos fundamentales que podrían no estar justificadas si se tratara de ciudadanos libres (j). A su vez, si procediéramos a un análisis más de detalle, veríamos que a favor de (g), el tribunal adjunto que la persona puede fácticamente disponer sobre su propia muerte, esto es, que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohibe, pero no constituye un derecho subjetivo (k), etc. Un diagrama que dé cuenta de esta argumentación (por tanto de la reconstrucción que se acaba de efectuar de la argumentación del Tribunal Constitucional) podría ser este:



Aquí es interesante observar tres cosas. La primera es que el paso de (f) y (c) a (b), es decir, el fragmento final de la argumentación, no es otra cosa que lo que a lo largo del libro se ha denominado *esquema de justificación interna*. El uso de =>, es decir, de una doble flecha en lugar de

una flecha sencilla. →, significa que este tipo de argumento es deductivo; la noción de inferencia deductiva aparece, pues, como un caso límite de la noción más extensa —y más débil— de inferencia: si *x* es un argumento deductivo a favor de *y*, entonces no puede ser el caso de que *x* sea verdadero, válido o correcto, sin que lo sea *y*. La segunda observación es el hecho de que el conjunto de los argumentos k), g), h), i) y j) constituyen la justificación externa de f), esto es, de la premisa normativa. Y la tercera es que no parece que la argumentación anterior pueda reconstruirse fácilmente —es decir, útilmente— en términos de lógica deductiva.

A partir de aquí se podría todavía tratar de diseñar un modelo que permitiera una reconstrucción racional de todo el proceso de argumentación que se lleva a cabo frente a un caso difícil. En mi opinión, tal proceso podría caracterizarse como una sucesión de los siguientes pasos:

En primer lugar, hay que identificar el problema por resolver, esto es, en qué sentido nos encontramos frente a un caso difícil. Siguiendo aquí a MacCormick, puede partirse de estos cuatro tipos de problemas jurídicos:

1) Problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso. Por ejemplo, ¿son aplicables, en relación con el recurso de amparo que resuelve el Tribunal Constitucional en la sentencia a que antes se aludió, diversas normas internacionales que supuestamente habría vulnerado el auto recurrido (*cfr*. fundamento jurídico 3)?
2) Problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso. Por ejemplo, ¿cómo debe interpretarse el artículo 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria?; o ¿cómo debe entenderse el derecho a la vida recogido en el artículo 15 de la Constitución?
3) Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar. Por ejemplo, ¿fue realmente voluntaria la decisión de los presos del Grapo al declararse en huelga de hambre?
4) Problemas de calificación, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma. Por ejemplo, ¿puede calificarse la alimentación por la fuerza de los presos del Grapo como un caso de *tortura* o *trato inhumano o degradante*, según el

sentido que tienen estos términos en el artículo 15 de la Constitución (*cfr*. fundamento jurídico 9)?

En segundo lugar, una vez establecido, por ejemplo, que se trata de un problema de interpretación (y en muchos casos puede que haya que enfrentarse con una cuestión compleja en donde se combinan diversos tipos de problemas), hay que determinar si el mismo surge por insuficiencia de información (esto es, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí). Esto tiene que ver con la consideración de la argumentación como un proceso de tipo informativo, en el cual se parte de determinada información (contenida en las premisas) para llegar a una información de salida (la de la conclusión). Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso de tipo deductivo. Pero, normalmente, necesitamos argumentar en aquellas situaciones en que la información de las premisas es deficitaria, o bien excesiva (no en el sentido de redundante, sino en el de contradictoria) para poder llegar a la conclusión deseada. En el ejemplo anterior, existe un déficit de información, pues la información contenida en e), por un lado, y en c), por el otro —serían respectivamente, las premisas normativa y fáctica de las que se parte—, no es suficiente para llegar a b) —la conclusión o solución del problema.

En tercer lugar, hay que construir hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión. Si se trata de un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa tendrá que consistir en una reformulación de la norma de que se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia —o suficientemente precisa— como para abarcar el caso sometido a examen. Esto es precisamente lo que representa f) en el esquema anterior. Si se tratara de un problema interpretativo por exceso de información —en seguida veremos un ejemplo de ello—, habría que optar por una de entre las diversas interpretaciones posibles de la norma en cuestión, descartando todas las demás.

En cuarto lugar, hay que pasar a justificar las hipótesis de solución formuladas, es decir, hay que presentar argumentos a favor de la inter-

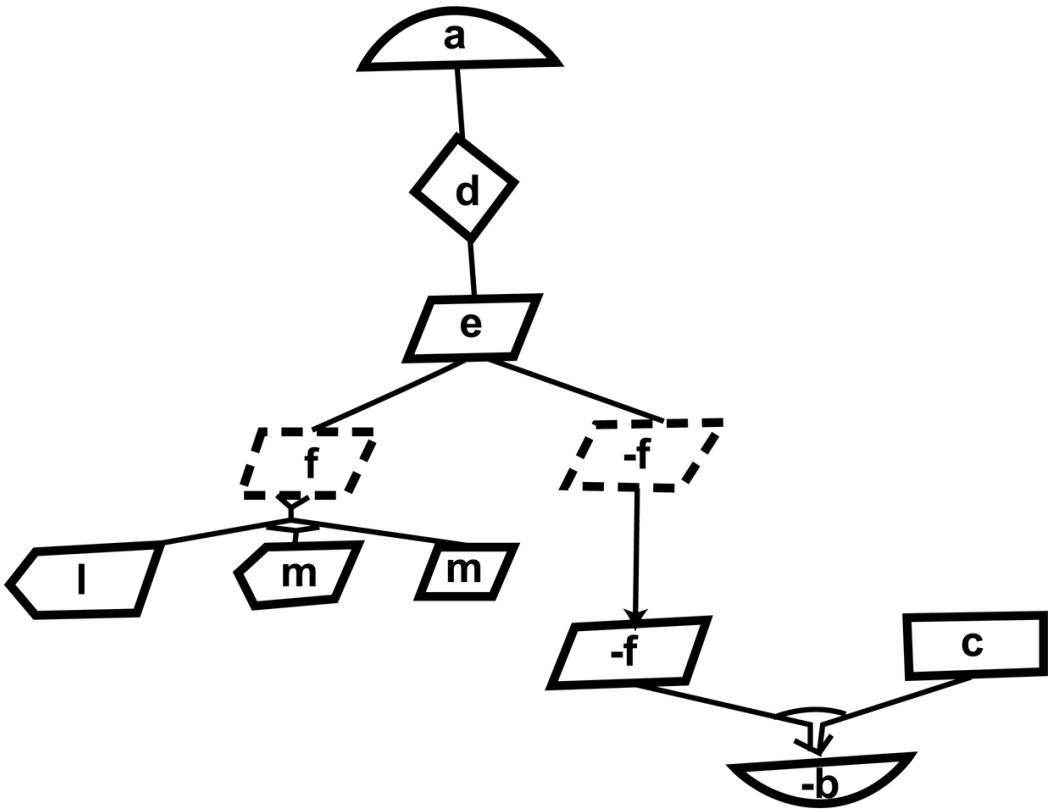
pretación propuesta. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, la argumentación —entendiendo por tal, el conjunto de los argumentos aducidos y estructurados de una cierta forma— se puede llamar, en sentido amplio, analógica. En la argumentación *analógica,* por otro lado, pueden subdistinguirse, a su vez, diversas formas de argumentar, según se use una argumentación *a pari* o *a simili*, una argumentación *e contrario,* o una argumentación *a fortiori*. En el ejemplo anterior, la argumentación que se lleva a cabo para pasar de e) (la norma contenida en el artículo 2.4 de la L.O.G.P.) a f) (la reformulación de esa norma) es de tipo analógico. La norma contenida en e) establecía la obligación de la administración penitenciaria de velar por la vida, salud e integridad de los presos, pero no precisaba si tal obligación debe entenderse que existe también cuando es el propio preso el que voluntariamente, mediante una huelga de hambre reivindicativa, pone en peligro su vida. f) representa una generalización con respecto a e), pues amplía el supuesto de hecho de esa norma para incluir también el nuevo caso. Si se tratara de un problema de exceso de información, la argumentación tendría lugar mediante el esquema de la *reductio ad absurdum*. Lo que en el uso de este tipo de argumentación se trata de mostrar es que determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias —entendido este término en un sentido muy amplio, que incluye tanto consecuencias fácticas como normativas— inaceptables.

Debe quedar claro que los argumentos son enunciados —empíricos, normativos, etc.— que se aducen a favor de otros enunciados, por lo que tanto la analogía como la reducción al absurdo no son propiamente argumentos, sino estrategias o formas de argumentación que, desde luego, pueden aparecer entrelazadas en un proceso complejo de argumentación. Para argumentar a favor de determinada tesis puede elegirse, en principio, cualquiera de estas dos estrategias, que resultarán más o menos útiles en función de cuál sea la situación argumentativa; o si se quiere, de cómo interpreta la misma el que argumenta.

Un ejemplo de utilización de la reducción al absurdo a propósito del mismo caso del Grapo (y que en este caso se utiliza para llegar a la solución opuesta, o sea, que no se debe alimentar a los presos en huelga de hambre por la fuerza), sería el siguiente.[1] A partir de e), las cosas podrían

1 Aquí reconstruyo, con cierta libertad, la argumentación que se contiene en los autos de 9-1-90, 25-1-90 y 25-1-90 de los jueces de vigilancia penitenciaria de Valladolid, Zaragoza y número 1 de Madrid, respectivamente (*cfr*. Atienza, 1990a, pp. 32-33).

plantearse en el sentido de que caben, en principio, dos interpretaciones incompatibles entre sí de la norma aplicable: f), según la cual la administración tiene la obligación de alimentar a los presos incluso por la fuerza, y -f), esto es, la administración no puede alimentarles por la fuerza. Ahora bien, si se optara por f), entonces resultaría que esta interpretación va en contra del artículo 10 de la Constitución, que establece el principio de la dignidad de la persona (l), así como del artículo 15, que establece la prohibición de tratos degradantes (m), y podría incluso configurar un delito de torturas del artículo 204 bis del Código Penal (n). El diagrama de este proceso de argumentación sería el siguiente:



Los trazos discontinuos de las figuras que contienen a *f* y *-f* se deben a que, en este tipo de argumentación se parte de un supuesto provisional (esto es, de la existencia de una contradicción), que en el curso de la misma queda cancelado. El conjunto de *l, m* y *n* constituye un argumento en contra de *f*, que sirve precisamente para justificar *-f*.

Finalmente, el último paso con el que se termina el modelo es el que va de las nuevas premisas a la conclusión. Como antes se vio, se trata del esquema de justificación interna, que puede considerarse como el fragmento final de todo proceso de argumentación jurídica.

2. *Criterios de corrección*

Ahora bien, un método para representar adecuadamente procesos de argumentación es algo bien distinto al establecimiento de los criterios que deban usarse para juzgar su corrección. En mi opinión, uno de los mayores méritos de la teoría estándar de la argumentación jurídica es haber contribuido notablemente a la elaboración de este tipo de criterios, que —como ya se ha visto— tanto en el caso de MacCormick como en el de Alexy se condensa en la noción de racionalidad práctica. Sin embargo, dicha noción —como me parece que ha quedado puesto de manifiesto en la discusión anterior a propósito de la obra de ambos autores— resulta aún insuficientemente desarrollada. La objeción fundamental que se les puede dirigir es que los criterios de racionalidad práctica son exclusivamente criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones o formas de argumentación. Pero el problema estriba en que, en relación con los casos difíciles, lo que suele ocurrir es que las diferentes soluciones en presencia (por ejemplo, las defendidas por los diversos órganos jurisdiccionales que se han pronunciado sobre la cuestión, o las representadas por la opinión mayoritaria y minoritaria [*cfr.* Ezquiaga, 1990, sobre la institución del voto particular y el estudio introductorio de J. Igartua] dentro de un mismo órgano) pasan ese test de racionalidad. Esto es lo que parece ocurrir, por ejemplo, con el caso que estamos analizando y con las dos —o tres— soluciones propuestas al mismo por los órganos jurisdiccionales y por la doctrina jurídica, a saber: 1) la administración debe alimentarles por la fuerza cuando existe grave riesgo para su salud; 2) la administración sólo puede alimentarles cuando los presos hayan perdido la conciencia (pues entonces ya no se fuerza su voluntad); 3) la administración no puede alimentarles por la fuerza ni siquiera en el supuesto anterior. Ahora bien, el que en la vida jurídica se presenten este tipo de situaciones no puede justificar como correcta la decisión —o la argumentación que lleva a ella— de la autoridad competente, del órgano jurisdiccional supremo o de la mayoría de los miembros de este, con tal de que se haya producido sin vulnerar los límites fijados por la racionalidad práctica así entendida. La solución dada al caso de los Grapo por el Tribunal constitucional es, desde luego, definitiva, en el sentido de que no es ya recurrible y vincula a los tribunales y a los órganos de la administración, pero simplemente por ello no hay por qué considerarla como correcta. No hay por qué descartar que la solución correcta

fuera la propuesta por la minoría o por determinados órganos jurisdiccionales de rango inferior [propuesta 2)], o incluso (esta sería mi opinión al respecto) la que se contiene en 3), que no ha sostenido ningún órgano jurisdiccional. Y si se piensa que discutir acerca de cuál de esas tres soluciones es la correcta, o la más correcta, tiene sentido, parece que necesitaríamos extender la noción de racionalidad práctica antes recordada para abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún tipo de criterio con que operar en los casos difíciles, por más que tales criterios puedan resultar discutibles o no gocen ya de la solidez de los otros. Una tal teoría, por otro lado, no podría tener un carácter puramente o esencialmente formal, sino que tendría que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral.

IV. Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica

Todo lo dicho hasta aquí tiene, como es natural, mucho que ver con la cuestión del para qué de una teoría de la argumentación jurídica; esto es, la cuestión de cuáles sean los fines a que debe servir la misma. En mi opinión, una teoría de la argumentación jurídica debería cumplir, básicamente, tres funciones: la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica y la tercera podría calificarse como política o moral. Mostraré ahora qué quiero decir con ello.

En relación con la primera de estas funciones, lo que habría que ver es hasta qué punto puede contribuir una teoría de la argumentación jurídica al desarrollo de otras disciplinas, jurídicas o no, y, en definitiva, hasta qué punto nos permite una comprensión más profunda del fenómeno jurídico y de la práctica de argumentar. La idea de Alexy de que el derecho debe verse, por un lado, como un sistema de normas (es la perspectiva de la teoría estándar —estructural— del derecho) y, por otro lado, como un sistema de procedimientos (esta sería la perspectiva asumida por la teoría de la argumentación jurídica) me parece esencialmente acertada. Pero para elaborar una teoría del derecho auténticamente general que integre ambos aspectos (y que al final desemboque en una teoría de la sociedad), se necesitaría desarrollar previamente el aspecto dinámico de la misma, esto es, habría que generalizar la teoría existente —la teoría estándar— de la argumentación jurídica en los sentidos antes indicados.

Por otro lado, es posible pensar que Toulmin exageró un tanto las cosas cuando afirmó que la lógica debía verse como una "jurisprudencia generalizada", pero de lo que no cabe duda es que argumentar constituye la actividad central de los juristas —pocas profesiones consisten más genuinamente que la de los juristas en suministrar argumentos—, y que el derecho ofrece una de los campos más importantes para la argumentación. Está también claro que una teoría desarrollada de la argumentación jurídica no puede constituirse de espaldas a los estudios sobre la argumentación que se efectúan en otros campos distintos al derecho, como la lógica, la filosofía, la lingüística, la psicología cognitiva, etc.; pero las relaciones no tendrían que ser aquí unidireccionales: los estudios existentes ya hoy sobre la argumentación jurídica merecerían ser más conocidos de lo que lo son fuera de la cultura jurídica.

Por función práctica o técnica de la argumentación jurídica entiendo básicamente que esta debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho. Para que una teoría de la argumentación jurídica pueda cumplir esta función de carácter instrumental (dirigida tanto a los prácticos del derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica), tendría que ofrecer un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección; como se acaba de indicar, esta es una tarea que, en una considerable medida, está todavía por hacer.

Sin embargo, hay todavía otras dos funciones prácticas que debe cumplir una teoría de la argumentación jurídica y que son de considerable importancia. La primera tiene que ver con la construcción de sistemas jurídicos expertos. Mientras que la teoría estructural del derecho suministra —o debería suministrar (*cfr*. Susskin, 1987)— una ayuda muy importante para la representación del conocimiento jurídico, la teoría de la argumentación jurídica tendría que cumplir un papel semejante en relación con el motor de inferencia. En mi opinión, las sugerencias anteriores de desarrollo de la teoría estándar de la argumentación jurídica permitirían aproximarse al cumplimiento de esta meta.[2]

La otra finalidad práctica se refiere a la enseñanza del derecho. Un objetivo central del proceso de aprendizaje del derecho tendría que ser el de aprender a pensar o a razonar *como un jurista*, y no limitarse a conocer

2 Tanto MacCormick como Alexy se han interesado por la problemática de los sistemas expertos y sus vinculaciones con la argumentación jurídica (*cfr*. MacCormick, 1989a y Alexy, 1988a).

los contenidos del derecho positivo.[3] La teoría de la argumentación jurídica tendría que suministrar una base adecuada para el logro de este objetivo.

Finalmente, lo que he denominado función política o moral de la teoría de la argumentación jurídica tiene que ver con la cuestión del tipo de ideología jurídica que, inevitablemente, está siempre en la base de determinada concepción de la argumentación. Como antes se ha visto, tanto MacCormick como Alexy parten de una valoración esencialmente positiva de lo que es el derecho moderno (el derecho de los estados democráticos) y de la práctica de su interpretación y aplicación. Aunque ambos difieren de Dworkin (el alejamiento, de todas formas, parece ser mayor en el caso de MacCormick que en el de Alexy) en cuanto que no aceptan la tesis de que para todo caso jurídico existe *una sola* respuesta correcta, siguen considerando —como Dworkin— que el derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, *una* respuesta correcta. En definitiva, el presupuesto último del que parten es el de que siempre es posible *hacer justicia de acuerdo con el derecho*.

Ahora bien, en mi opinión, la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción —una ideología política y moral— más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver determinado problema jurídico, incluso desde la posición de un juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta —política y moralmente correcta— del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista —el juez— tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que él estima correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que no es la solución a que lleva el derecho positivo. El derecho de los estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes). La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del derecho, que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar

3 El cumplimiento de esta meta me parece que tiene un carácter de perentoriedad en países como España, dadas las características, por todos conocidas, de nuestras facultades de derecho. En Estados Unidos, por ejemplo, suele haber un curso introductorio que se llama «Introducción al derecho», "Razonamiento jurídico", "Métodos jurídicos", etc., que persigue precisamente esta finalidad (*cfr*. Burton, 1985).

jurídicamente para justificar determinada decisión puede implicar, en ocasiones, un elemento trágico. Con ello quiero decir lo siguiente. En la teoría estándar de la argumentación jurídica se parte de la distinción entre casos claros o fáciles y casos difíciles: en relación con los primeros, el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute; los segundos, por el contrario, se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes que permite el derecho positivo. Pero lo que parece quedar excluido con este planteamiento es la posibilidad de una tercera categoría, la de los casos trágicos. Un caso puede considerarse trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (*cfr*. Atienza, 1989a). La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema.

APÉNDICE

Justificación de las decisiones judiciales según Robert S. Summers 221
Bibliografía 233

APÉNDICE

JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES SEGÚN ROBERT S. SUMMERS

I. Como señale recientemente en la presentación del libro de Summers,[1] su obra iusfilosófica se inscribe dentro de lo que Bobbio llamó "la filosofía del Derecho, de los juristas" y que contrapuso a "la filosofía del Derecho de los filósofos".[2] Summers, en efecto, no es un autor que haya tratado de aplicar al campo del derecho alguna concepción filosófica general, sino que, por el contrario, se ha servido de las herramientas del análisis filósofico para comprender mejor los problemas que surgen en la producción, interpretación y aplicación del derecho y contribuir así a la mejora del mismo. De hecho, su interés por los problemas básicos del derecho proviene fundamentalmente de su práctica de jurista y, más exactamente, de su trayectoria como iusprivatista.[3] Por lo demás, los dos autores más influyentes en la obra de Summers (a los que el reconoce como maestros), Herbert L. A. Hart y Lon L. Fuller, pertenecen también (a pesar de las muchas diferencias existentes entre ambos) a esa misma tradición iusfilosófica.

Una consecuencia, en cierto modo, de esa forma de aproximarse a la filosofía del derecho es la gran atención que Summers ha prestado al problema de la justificación de las decisiones judiciales y que, aunque pueda aparecer extraño, contrasta con la relativa falta de interés por ese tema que puede detectarse en la filosofía jurídica norteamericana, al menos hasta fechas recientes. La explicación de este fenómeno, como el propio Summers señala,[4] tiene mucho que ver con la influencia del realismo jurí-

1 Robert S. Summers, México, Fontamara, 2001.

2 Veáse Bobbio, Norberto, "La filosofía del Derecho de los juristas frente a la filosofía del Derecho de los filósofos", en el libro editado por Alfonso Ruiz Miguel: Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980.

3 Sobre la obra de Summer y su trayectoria intelectual puede verse también la entrevista que apareció en el número 23 de *Doxa*: Atienza, Manuel, "Entrevista con R. S. Summers".

4 Summers, Robert S., "Two Types of Sustantive Reasons -The Core of Common Law Justification", 63 *Cornell Law Review*, 1978, p. 712, nota.

dico en la cultura jurídica norteamericana. Como se vio en un capítulo anterior, el realismo, particularmente en sus formas más extremas, simplemente negó la posibilidad de que las decisiones judiciales pudieran ser *justificadas* en sentido estricto. Y esta es una tesis que parece seguir encandilando a los teóricos contemporáneos vinculados con el movimiento Critical Legal Studies, sumamente influyente en los Estados Unidos desde los años setenta:[5] si el derecho (como estos autores sostienen) está radicalmente indeterminado, la toma de decisiones por parte de los jueces (al igual que la actividad de los abogados o de los teóricos del derecho) son actos esencialmente políticos que se pueden explicar (y criticar), pero no justificar.

El trabajo más importante de Sumemrs dedicado al razonamiento jurídico es un artículo del año 78 titulado "Two Types of Sustantive Reasons-The Core of Common Law Justification".[6] La fecha de publicación coincide con la de dos importantes libros sobre argumentación jurídica de autores europeos a los que se ha prestado una gran atención en capítulos anteriores: *Legal Reasoning and Legal Theory*, de Neil MacCormick, y *Theorie der juristischen Argumentation*, de Robert Alexy. En mi opinión, es de lamentar que el artículo de Summers (en realidad, un extenso trabajo de unas ochenta páginas) no haya tenido (por lo menos en el contexto de la filosofía del derecho en lengua castellana) una mayor difusión. El año 78, como se ve, fue un buen año para la teoría de la argumentación jurídica, y todavía quedan productos de aquella cosecha que conviene poner en circulación.

El modelo de argumentación judicial que elabora ahí Summers se corresponde con gran exactitud con lo que en algún trabajo he llamado *concepción material de la argumentación*, en cuanto contrapuesta a la concepción formal y a la dialéctica.[7] La concepción formal es característica de la lógica. La pregunta fundamental aquí es: qué se puede inferir a partir de determinadas premisas? Desde el punto de vista de la lógica deductiva —la lógica en sentido estricto—, un argumento es un encadenamiento de proposiciones: en un argumento válido se cumple siempre el hecho de que si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclu-

5 Veáse al respecto el libro de Juan Antonio Pérez Lledo, *El movimiento Critical Legal Studies,* Madrid, Tecnos, 1996.

6 En adelante, las referencias a este trabajo (citado en la nota 4) se harán señalando únicamente el número de página.

7 Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994; también, *El sentido del Derecho*, Ariel, 2001.

sión, en virtud de la forma de los enunciados que lo componen. O, dicho de otra manera, la validez de los argumentos no depende aquí del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión. La lógica permite controlar la corrección de las inferencias (el paso de las premisas a la conclusión, pero desde un punto de vista abstracto, prescindiendo de la validez material de los argumentos y de su fuerza de persuasión. Además, la lógica no se refiere básicamente a la actividad o al proceso de la argumentación, sino al resultado de ese proceso.

La concepción material de la argumentación lleva a plantear las cosas de manera distinta. La pregunta fundamental aquí es: ¿en qué se debe creer o qué se debe hacer? La argumentación se ve ahora como un proceso consistente en dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; lo que se persigue no es mostrar si una inferencia es o no válida, sino si existen o no razones para creer en algo o para realizar una determinada acción. Para ello no basta con que el argumento presenta determinada forma; se necesita, además, que lo que las premisas enuncian sea verdadero (esté bien fundado) y que estas supongan razones relevantes para la conclusión. El centro de gravedad se desplaza, por tanto, de los aspectos formales a los materiales, de la inferencia a las premisas.

Finalmente, desde la perspectiva de la concepción dialéctica, la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos. La pregunta fundamental aquí es: ¿cómo se puede persuadir a otro u otros de algo? Las actitudes de los participantes varían según se trate, por ejemplo, de una disputa en la que cada uno pretende vencer al otro, o de un diálogo racional en el que los participantes intercambian razones con el único propósito de esclarecerse mutuamente y buscar la solución correcta a un problema. Pero, en cualquier caso, la argumentación discurre según ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los participantes —el flujo de los argumentos—, y tiene como finalidad persuadir a un auditorio (el auditorio puede estar constituido por una única persona) para que acepte determinada tesis.

Pues bien, lo que le interesa a Summers (p. 712, nota 10) no es la validez lógica, la *forma* (la forma deductiva) de los argumentos. Tampoco (por lo menos, no centralmente) la fuerza persuasiva de los mismos: su capacidad para persuadir a las partes, a otros jueces, sino su fuerza *justificativa*, esto es, de qué manera construyen los jueces —los jueces del *common law*— las premisas, las razones, que deben servir como justificación de sus decisiones. El peso o la fuerza de la justificación no reside,

pues, en la lógica ni en la retórica, sino en lo que puede llamarse (en uno de los sentidos de esta ambigua expresión*) el razonamiento práctico*, esto es, la deliberación práctica, la técnica consistente en construir y confrontar entre sí las razones para llegar a una determinada decisión.[8] Conviene aclarar, por lo demás (esta es una de las no pocas coincidencias con los trabajos de MacCormick y de Alexy antes recordados), que lo que hace Summers no es simplemente describir el proceso de justificación de los jueces del *common law* (para lo que utiliza un amplísimo y rico material empírico), sino presentar también un modelo normativo de lo que debe ser esa práctica justificativa. O sea, se trata de un tipo de reconstrucción racional que pretende dar cuenta de una práctica y mostrar cómo esta puede ser mejorada desde dentro, desde la perspectiva del aceptante que se siente comprometido con la misma.

II. Las tesis centrales del trabajo de Summers al que me vengo refiriendo podrían resumirse en los puntos siguientes:

1. Una tipología de las *buenas razones* que cabe encontrar en los casos del *common law* permite distinguir cinco clases: sustantivas, autoritativas, fácticas, interpretativas y críticas. Al hacer esa tipología, Sumemrs deja fuera las que manifiestamente son malas razones, pero también las razones falaces, como la petición de principio o la apelación a la emotividad (p. 716). Pues bien, las razones sustantivas derivan su fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político, institucional o, en general, social; hay además, tres tipos principales de razones sustantivas: razones finalistas, razones de corrección y razones institucionales. Las razones autoritativas consisten en apelar al precedente o a oro tipo de autoridad jurídica: las leyes, la analogía (que supone extender un criterio autoritativa a supuestos no previstos explícitamente en algún texto dotado de autoridad), los tratados doctrinales, etc., las razones fácticas permiten justificar enunciados fácticos, bien se trate de *hechos adjudicativos* (refe-

8 La concepción de Summers es, en diversos aspectos, afín a la de Raz. Pero la teoría de las razones para la acción de Raz se sitúa en un nivel de mayor abstracción; no es sólo una teoría de las razones justificativas de los jueces y, ni siquiera, de las razones justificativas del derecho. ver Raz, J., *Introducción a Razonamiento práctico,* México, Fondo de Cultura Económica, 1986; y *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Los planteamientos de Sumemrs resultan por ello más operativos desde un punto de vista práctico (desde la perspectiva de la práctica jurídica), pero seguramente ambos (el suyo y el de Raz) podrían ser fructíferamente integrados; algo de esto último puede verse en Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

rentes al supuesto de hecho de la norma a aplicar) o de *hechos legislativos* (aquellos en los que se basa el establecimiento de una norma legal). Las razones interpretativas llevan a justificar una determinada interpretación de un texto (en el *common law*, sobre todo, el texto de contratos, testamentos, documentos de sociedades, etc.). Y las razones críticas sirven para criticar algún aspecto de alguna de las anteriores razones; son, a diferencia de las otras, razones *no autónomas*, pues dependen de las anteriores para poder ser una razón.

2. El centro de la justificación en el *common law* son las razones autoritativas, las cuales tienen primacía sobre las otras y, en particular, sobre las razones autoritativas. Como es más o menos obvio, las razones sustantivas sólo entran en conflicto (y de ahí que sólo tengan sentido establecer esa relación de prioridad) con las autoritativas: las razones fácticas no se refieren a la premisa normativa (y Summers, al igual que MacCormick y que Alexy, sólo se interesa por la justificación normativa); las razones interpretativas (aunque Summers las considere aquí como un tipo aparte, p. 726) pueden basarse tanto en criterios sustantivos (lo que suele denominarse interpretación teleológica y axiológica) como en criterios autoritativos (la interpretación literal o la que busca los fines del legislador frente a los fines objetivos de la ley); y las razones críticas —como se acaba de indicar— no son razones autónomas. Esa primacía radica en el hecho de que las razones sustantivas son las que determinan el hecho de qué decisiones y justificaciones son las mejores (p. 730), y esa función la cumplen en dos sentidos. Por un lado (cuando se aplican los precedentes razones autoritativas), porque la inteligibilidad y el alcance de los mismos exige identificar e interpretar las razones sustantivas —expresas o no— que están por detrás del precedente: un juez no debería, pues, invocar una razón autoritativa prescindiendo de las razones sustantivas en las que aquella se basa. Y, por otro lado, porque es necesario acudir a razones sustantivas cuando no hay precedente (se trata de un caso de *first impression*), cuando los precedentes son contradictorios o cuando esta justificado apartarse del precedente (para crear nuevo derecho). Una consecuencia de esa prioridad es que Summers tiende a reducir el papel del argumento por analogía, pues la fuerza de la analogía —como ya se ha dicho— radica en razones de tipo autoritativo.[9]

9 En la p. 730, nota 77, afirma que el razonamiento por analogía ha recibido más atención en la literatura jurídica de lo que habría merecido. Y en su libro *Instrumentalism and American Legal Theory* (Cornell University Press, 1982, p. 138) considera que el recurso a la analogía es uno de los rasgos del formalismo jurídico.

3. Las razones finalsitas (*goal reasons*) son razones "cuya fuerza procede del hecho de que sirven para apoyar una decisión que previsiblemente (en el momento en que se toma la decisión) tendrá efectos que contribuirán a un fin social valioso (*good*)" (p. 735). Ejemplos de esos fines: la seguridad general, el bienestar comunitario, la *facilitación* de la democracia, la salud pública, la promoción de la armonía familiar, o la producción de *corrección* (cumplimiento de los acuerdos, evitación de comportamientos fraudulentos, etc.) Algunos rasgos centrales de las razones finalistas son los siguientes: tienen carácter fáctico, están orientadas hacia el futuro y presentan, además, un aspecto de graduabilidad. Dicho de otra forma, la utilización de una razón finalista supone siempre una relación causal (la relación en la que se basa la predicción), que puede no producirse (en el futuro), lo cual no significa que la razón, en el momento de la toma de decisión, no tuviera fuerza (p. 775); y el fin social (futuro) que se trata de alcanzar puede lograrse en mayor o menor medida.

4. Las razones de corrección (*rightness reasson*) "derivan su fuerza justificativa [...] de la aplicabilidad de una norma socio-moral válida (*sound*) a las acciones de las partes, o a un estado de cosas que resulta de esas acciones" (p. 752). Ejemplos de razones de corrección: no aprovecharse de la situación de inferioridad de la otra parte en una relación contractual, restituir cuando se ha producido un enriquecimiento injusto, haber procedido con el debido cuidado, haber actuado de buena fe, existencia de proporcionalidad entre el daño y la sanción. Hay dos subspecies principales de razones de corrección. Unas son las que se apoyan en nociones de *culpabilidad*, esto es, en el hecho de que una de las partes ha incumplido (en el pasado) alguna norma de acción correcta y de ahí que se le aplique (por ser culpable) una consecuencia negativa; por ejemplo, reparar un daño por haber actuado de mala fe. Las segundas son razones de corrección que se basan simplemente en la idea de imparcialidad o justicia (*mere fairness*); por ejemplo, en el enriquecimiento injusto, la razón para indemnizar es haber obtenido (como consecuencia de la acción de otro) un beneficio que no estaría justificado a la luz de una norma de moralidad social. A diferencia de las razones finalistas, las de corrección no dependen de una relación causal, sino de si se dan o no (en el momento de la toma de decisión) las condiciones de aplicación de la norma correspondiente. No miran hacia el futuro, sino hacia el pasado o hacia el presente. Y no son graduables, en el sentido de que las condiciones de aplicación se dan o no se dan (se ha producido o no un enriquecimien-

to injusto, se ha actuado o no de mala fe); si se dan, entonces se aplica simplemente la consecuencia previa.

5. La construcción, evaluación y legitimidad o no de cada uno de esos dos tipos de razones (finalistas y de corrección) plantea problemas complejos y relativamente diferenciados. Hay ciertos paralelismos, pero también diferencias importantes según que un juez articule su justificación en relación con una determinada decisión basándose en razones finalistas o de corrección: requieren habilidades distintas, son susceptibles de diversos tipos de crítica, etc. Por lo demás, las relaciones entre las razones finalistas y las razones de corrección son complejas y entre ambas existen zonas de solapamiento. De hecho, una razón finalista (como antes se ha señalado) puede tener como fin la corrección (*maximizar* en el futuro la conducta correcta); y una razón de corrección puede generar una razón finalista: o sea, una decisión basada en una razón de corrección puede tener el efecto de que, en el futuro, los jueces y otros actores jurídicos se comporten de acuerdo con esa norma de corrección (se daría lugar así a *razones finalistas parasitarias*, o sea, dependientes de una razón de corrección).

6. Las razones institucionales son razones de fin o razones de corrección que aparecen vinculadas a roles o a procesos institucionales específicos. Su fuerza deriva de la manera en que la decisión sirve para ciertos fines o esta de acuerdo con normas de corrección aplicables a las acciones de los que asumen esos roles (incluidos obviamente los de los órganos judiciales) o participan en tales procesos (p. 722). Ejemplos de razones institucionales: evitar una decisión que supone establecer una distinción arbitraria; no atender una reclamación porque supondría un cambio en el derecho que exige un conocimiento general de los hechos sociales que, razonablemente, sólo podría tener el legislador; rechazar determinada medida porque el tribunal no podría supervisar adecuadamente su ejecución; revocar la decisión de un tribunal por falta de audiencia a una de las partes. Si Summers las considera como un tipo distinto de razón (distinto en relación con las razones finalistas y las de corrección) se debe a motivos que no son de carácter conceptual, sino, más bien, práctico (de orden descriptivo y prescriptivo): los jueces parecen categorizarlas separadamente de las otras (p. 749); y, después de construir y evaluar las otras razones sustantivas, los jueces deben considerar hasta qué punto resultan apropiadas esas decisiones de acuerdo con razones institucionales

(p. 764). En consecuencia, parece que la función de las razones institucionales es la de superar, debilitar o anular una razón sustantiva; serían, pues, razones de segundo orden en relación con las sustantivas.

7. Las razones finalistas tienen (siempre en el contexto del *common law*) una legitimidad menos discutible que la de las razones de corrección. Ello se debería a que las primeras parecen basarse en valores tangibles de *la vida real*, como la seguridad, la salud, el aire limpio..., mientras que las segundas hacen referencia a valores (*buena fe, equidad, merecimiento*), respecto de los cuales los jueces y los juristas, en general, se muestran mas escépticos. Una parte importante del artículo de Summers está por ello dedicado a defender la legitimidad e importancia de las razones de corrección en el *common law*. Pero a favor de la tesis de la no reducibilidad de las razones de corrección a razones finalistas, lo que esgrime son, básicamente, argumentos de oportunidad: "Si las razones de corrección son o no reducibles a razones finalistas es una cuestión compleja para la que no tenemos una respuesta. Pero es innegable que en las justificaciones judiciales figuran de manera prominente razones de corrección son o no reducibles a razones finalistas es una cuestión compleja para la que no tenemos una respuesta. Pero es innegable que en las justificaciones judiciales figuran de manera prominente razones de corrección, las cuales difieren en aspectos sustanciales de las razones de fin" (p. 782).

III. Uno de los mayores méritos del trabajo de Summers consiste en ofrecer un modelo de análisis del razonamiento judicial justificativo que se sitúa en el nivel de abstracción adecuado. Con ello quiere decir que los conceptos que elabora y las distinciones que efectúa son precisamente las que resultan necesarias para dar cuenta de esa realidad sin distorsionarla, o sea, sin sacrificar la complejidad —la variedad de aspectos— de la misma. Y de ahí su utilidad práctica. Por ejemplo, el análisis comparativo que ofrece entre las razones finalistas y las razones de corrección contribuye, en mi opinión, no sólo a que los jueces (y, en general, los juristas) puedan comprender mejor un aspecto central del razonamiento justificativo, sino, además, a que puedan justificar mejor sus decisiones.

Sin embargo, el artículo no ofrece un modelo acabado de razonamiento justificativo. El propio Summers es consciente de ello, y en su trabajo muestra los límites —lo no abordado— del mismo e incluso los puntos que pueden resultar más vulnerables a una crítica. Por otro lado, en obras

posteriores,[10] Summers ha mantenido, a grandes rasgos, ese modelo de análisis, pero no sin introducir en el mismo algunos cambios, en forma explícita o implícita. Sin entrar en ningún detalle, me parece que los cambios sufridos por el modelo han ido en estas tres direcciones. Por un lado, la tesis de la prioridad de las razones sustantivas ha sido considerablemente debilitada, por no decir eliminada; hoy (en realidad, desde comienzos de los ochenta) Summers ve en el razonamiento jurídico, esencialmente, una combinación de elementos —razones— sustantivos y formales (estas razones *formales* vendrían a coincidir en buena medida con las razones autoritativas), donde la prioridad, si acaso, estaría en las razones formales. Por otro lado, no se trata ya de que estas últimas sean razones legítimas, sino de que su legitimidad —y su uso— supera al de las razones finalistas. Y, finalmente, las razones institucionales —como, en general, el elemento institucional en el derecho— han adquirido una mayor importancia y han cambiado en cierto modo de posición, pues, a la luz de los últimos trabajos de Summers, no parece que pueda decirse que ellas son un tipo de razones sustantivas: yo diría, más bien, que tienen algo —bastante— de razones formales y algo —pero seguramente menos— de razones sustantivas.[11]

Los problemas que plantea el modelo inicial de Sumemrs (prescindo, pues, de las modificaciones a las que me acabo de referir y que, por lo demás, Summers no ha articulado aún en lo que podría llamarse un nuevo modelo) podrían quizás sintetizarse en los siguientes puntos:

1. La definición de las razones en términos de *buenas razones* es problemática. Plantea la paradoja de que una razón mal construida (por ejemplo, una razón finalista que se basa en una relación causal sumamente improbable) tendría que ser considerada, sin embargo, como una buena razón. Summers sólo excluye del campo de las *buenas razones* las que constituyen falacias o son manifiestamente malas razones, pero no parece dejar espacio para las que, siendo razones, no son buenas razones.

2. La clasificación de las razones en los cinco tipos que antes hemos visto parece objetable. Quizás pueda considerarse como una clasificación exhaustiva de las razones justificativas, pero no genera clases disjuntas.

10 Por ejemplo: *From and Substance in Anglo-American Law* (escrito con Patrick S. Atiyah), Oxford University Press, 1987 (2a. ed., 1991); o *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Berlín, Duncker and Humblot, 1992.

11 Sobre la evolución de Summers y el significado de la noción de *forma*, que considera central para la teoría del derecho, puede verse la presentación del libro señalado en la nota 1.

Summers es consciente de ello (por ejemplo, a propósito de las razones institucionales), pero el problema de fondo es que una clasificación que se limite —digamos— a dar cuenta de los usos lingüísticos en la práctica judicial podría resultar insuficiente como instrumento de análisis. En mi opinión, merecería la pena intentar una clasificación articulada que dé cuenta de (y ordene) los diversos criterios de clasificación usados por Summers y que están presentes en la discusión actual: razones autónomas y no autónomas; de primer nivel y de segundo o tercer nivel; normativas y fácticas; parciales y completas; perentorias o no perentorias; interpretativas o no interpretativas, etc.

3. La tesis de la prioridad de las razones sustantivas (que, como se ha visto, Summers ha dejado de sostener) parece, en efecto, problemática. Uno de los problemas tiene que ver con la propia naturaleza de esas razones. Tal y como las define Sumemrs en el artículo tantas veces citado, parecería que el derecho (o que el *common law*) puede reconocer la existencia de razones sustantivas, sin necesidad de referirlas a ninguna razón —autoritativa— que formara ya parte del derecho. Ahora bien, yo no creo que el derecho pueda considerarse un sistema que esté abierto hasta ese extremo. Por supuesto, no hay problema en reconocer que muchos sistemas jurídicos (el derecho norteamericano o, en general, los derechos del Estado constitucional) incorporan criterios de validez que son sustantivos, es decir, que la validez no es aquí únicamente —o esencialmente— una cuestión formal o procedimental. Pero es difícil aceptar que un juez pueda considerar, sin más, como una razón jurídica la existencia de una norma válida (*sound*) de carácter social o moral. Para ello, parece que tendría que mostrar, argumentativamente, que esa norma se contiene ya (quizás como un principio) en el sistema jurídico, o que puede derivarse (sería un principio implícito) a partir de las normas del sistema. En alguno de sus trabajos (posteriores al artículo del 78), Summers ha escrito que en el derecho no puede haber razones puramente sustantivas, pero no está claro que lo que quiera decir con ello sea exactamente lo anterior.[12]

4. El modelo de Summers, como se ha visto, lleva a reducir la importancia de la argumentación por analogía en el derecho, lo cual parece problemático. Por un lado, no es fácil aceptar la idea de que la existencia de una sólida tradición que (tanto en el *common law* como en el *civil law*) ha

12 Por ejemplo, en Atiyah y Summers, *Form and Substance in Anglo-american Law*, capítulo introductorio.

considerado que el razonamiento jurídico se apoya fuertemente en la analogía se base en un error. Y, por otro lado, la no aceptación de la tesis de la prioridad de las razones sustantivas frente a las autoritativas parecería que tendría que significar también una revalorización del argumento por analogía en el derecho.

5. La relación entre las razones y las normas no está clara. Centrándonos en las razones sustantivas, me parece que podría decirse que no sólo las razones de corrección, sino también las razones finalistas derivan su fuerza de la existencia de cierto tipo de norma. Yo diría que la diferencia entre las razones de corrección y las razones finalistas estriba básicamente en el distinto tipo de *norma* que sustenta o en el que se concreta cada uno de esos dos tipos de razones: las razones de corrección estarían ligadas a *normas de acción*, cuya estructura es esta: *Si se dan las circunstancias (condiciones de aplicación) X, entonces Z debe (puede o tiene prohibido) realizar la acción Y.* Y las razones finalistas, *normas de fin*, cuya estructura, por el contrario, es: *Si se dan las circunstancias X, entonces Z debe (puede o tiene prohibido) procurar que se produzca el estado de cosas F.*[13]

6. La clase de las razones de corrección plantea quizás estos dos problemas. Uno que consiste en que Summers incluye en la misma categoría dos tipos de razones (las que se basan en criterios de culpabilidad, que apuntan hacia el pasado, y las que se basan en la mera justicia, que apuntan más bien, hacia el presente), de cuya homogeneidad se puede dudar. Quiero decir que quizás no sea infrecuente que, a la hora de resolver un caso, el apoyarse en uno o en otro tipo de razón lleve a soluciones opuestas. Por ejemplo, el cumplimiento de la palabra dada (lo establecido en cláusulas contractuales), frente a razones de justicia. Otro problema (seguramente conectado con el anterior) es que quizás no sea tan fácil distinguir las razones de corrección de las razones autoritativas. Las razones autoritativas (o la mayor parte de ellas) son, en cierto modo, razones orientadas al pasado, esto es, se basan en la existencia previa de una norma: se aplican si han tenido lugar —en el pasado— ciertos hechos que son sus condiciones de aplicación.

13 Ver Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*. La distinción entre estos dos tipos de normas tiene como género común el de las normas regulativas, las cuales se contraponen a las normas constitutivas. En este trabajo utilizamos la distinción de Summers entre razones de fin y razones de corrección para explicar, en parte, la diferencia existente entre dos tipos de principios jurídicos: las directrices y los principios en sentido estricto.

7. Es dudoso que las razones institucionales puedan considerarse como un tipo de razón sustantiva. Lo que hace que algo sea una razón institucional —como se ha visto— parece depender del cumplimiento de ciertos roles o funciones institucionales específicas, y esto no tienen por qué estar conectado necesariamente con una razón sustantiva. Las razones institucionales pueden haber sido incorporadas perfectamente en las normas establecidas por las autoridades (esto, incluso, parecería que es lo más frecuente). Incluso habría que decir que las razones institucionales constituyen, más bien, un tipo de lo que Summers llamaría hoy razones formales (que coinciden, aunque no del todo, con las autoritativas).

8. Summers sugiere la posibilidad de que el modelo que propone (el del artículo de 1978) pueda extenderse más allá de las justificaciones en el *common law*, pero esa es una idea que queda sin desarrollar (y que bien merecería la pena hacerlo). En principio, parecería que no tendría por qué haber mayores problemas para su extensión a otros sistemas jurídicos desarrollados. Bastaría, quizás, con indicar que las razones autoritativas en sistemas de *civil law*, no son esencialmente los precedentes, sino las leyes y, quizás, que el *common law,* especialmente el norteamericano, concede más importancia a las razones sustantivas. Pero, ¿es eso todo? ¿Cabe realmente, a partir de los elementos anteriores, construir una teoría general de la justificación judicial? Y ¿cómo dar el salto de la argumentación judicial a la que tiene lugar en otros contextos jurídicos? ¿Qué diferencia, por ejemplo, a la argumentación judicial de la de carácter legislativo, administrativo o doctrinal?

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonble. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.

———, "Única Respuesta Correcta y Principio Regulativo del Razonamiento Jurídico", *Doxa*, núm. 8, 1990.

——— "The Foundation of Legal Reasoning", *Rechstheorie*, 1981, núm. 12, pp. 133-158, 257-279 y 423-448. Edición alemana: *Grundlagen der juristischen Aargumentation*, KRAWIETZ, W. y ALEXY, R. (eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, 1983, pp. 9-87.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULGIN, Eugenio E., "Limits of Logic and Legal Reasoning", 1990 (texto mecanografiado).

ALCHOURRÓN, y MARTINO, Antonio E., "Logic without Truth", *Ratio Juris*, 1990, vol. 3, núm. 1, pp. 46-67.

ALDISERT, Ruggero J., recensión de "Legal Reasoning and Legal Theory", *Duquesne Law Rev.,* núm. 20, 1982, pp. 383-398.

ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation,* Franckfurt a. M., Surkamp, 1978, reimpresión 1983. Las citas corresponden a la edición castellana, *Teoría de la argumentación jurídica,* trad. M. ATIENZA, y I. ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. De esta obra hay también una versión inglesa: *A Theory of Legal Argumentation,* trad. de R. Adler y N. MacCormick, Oxford University Press, 1989.

———, *Eine Theorie des praktischen Kiskurses*, Oelmüller, W. (ed.), *Normenbegründung-Normendurchsetzung. Materialien zur Normendiskussion*, 1978, Paderborn, 2 vols., pp. 22-58.

———, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie*, cuaderno 1, 1979a, pp. 59-87.

———, R. M. Hares Regeln des moralischen Argumentatierens und L. Nelsons Abwägungsgesetz, *Vernunft, Erkenntnis, Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposion aus Anlass des 50. Todestages von Leonard Nelson*, ed. de Schröeder, P., Hamburg, 1979b, pp. 95-122.

———, *Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkingen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation,* Peczenik, A., Uusitalo, J. (eds.), *Reasoning on Legal Reasoning,* Vammala (Finlandia), 1979c, pp. 121-137.

———, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", *A.R.S.P.,* Nueva Serie, Cuaderno 14, 1980a, pp. 181-212.

———, "Teleologische Auslegung und Gesetzesbindung", *Locumer Protokolle*, núm. 31, 1980b, pp. 143-151.

———, recensión de MacCormick, N., "Legal Reasoning and Legal Theory", *Rechtstheorie*, num. 11, cuaderno 1, 1980b, pp. 120-128.

———, "Juristische argumentation und praktische Vernunft", *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen,* 1982, pp. 29-32.

———, *Theorie der Grucrechte,* Baden-Baden, 1985a, 2a. ed., Frankfurt a. M., Shurkamp, 1986.

———, "La Idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica", Garzón Valdés, E. (ed.), *Derecho y filosofía*, Barcelona-Carcas, Alfa, 1985b, pp. 43-57. La ed. alemana, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", *Rechtstheorie,* cuaderno 2, 1981, pp. 177-188.

———, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *A.R.S.P.,* Nueva Serie, cuaderno 25, 1985c, pp. 13-29.

———, "Ermessensfehler", *Juristen Zeitung*, 15 agosto de 1986, pp. 701-768.

———, "Argumentation, Argumentationstheorie", *Ergänzbares Lexikon des Rechts, 2-30,* 1987a, pp. 1-4.

———, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Rechstheorie*, núm. 18, 1987b, pp. 405-419.

———, "Legal Expert Systems and Legal Theory", en Fiedler, H. *et al.* (eds.), *Expert Systems in Law. Impacts on Legal Theory and Computer Law,* Tübingen, 1988a, pp. 67-74.

———, "Problems of discourse Theory", *Crítica,* núm. 20, 1988b, pp. 43-64. Se cita por la traducción castellana, *Problemas de la teoría del discurso*, Buenos Aires, Universidad de Córdoba, Actas del Congreso Internacional de Filosofía, 1988, pp. 59-70.

———, "Idée et Structure d'un Systéme du Droit Rationnel", *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 33, 1988c, pp. 22-38.

———, "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica", *Doxa*, núm. 5, 1988d.

———, *Respuesta a algunos críticos,* 1989a. Este trabajo integra el postfacio de la edición castellana de la *Teoría de la argumentación jurídica* (*cfr*. Alexy, 1978a), pp. 289-318.

———, "On Necessary Relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989b, pp. 167-183.

———, "Zur Kritik des Rechtspositivismus", *Rechtspositivismus und Werbezug des Rechts* (ed. de Dreier, Ralf), 1990, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, pp. 9-26.

——— y PECZENIK, Aleksander, "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 1 bis, 1990, pp. 130-147.

APOSTEL, Leo, "What is the Force of an Argument", *Revue Internationale de Philosophie*, núms. 127 y 128, 1979.

ARNOLD, Carroll C., "Implications of Perelman's Theory of Argumentation for Theory of Persuasion", *Practical Reasoning in Human Affairs,* 1986 (véase Perelman, 1986).

ATIENZA, Manuel, recensión del libro de Perelman, Ch., "La lógica jurídica y la nueva retórica", *Sistema*, Madrid, núm. 34, 1980, pp. 142-151.

———, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico,* Madrid, Civitas, 1986.

———, "Analogie en droit", *Renue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques,* núm. 21, 1988, pp. 35-56.

———, "Sobre lo razonable en el derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 27, 1989a, pp. 93-110. También en *Ratio Juris*, "On the Reasonable in Law", vol. 3, núm. 1 bis, pp. 148-161.

———, "Contribución para una Teoría de la Legislación", *Doxa*, núm. 6, 1989b, pp. 385-403.

———, "La Argumentación Jurídica en un Caso Difícil. La Huelga de Hambre de los 'Grapo'", *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 9, 1990a, pp. 31-37.

———, "Para una teoría de la argumentación jurídica", *Doxa*, núm. 8. 1990b.

AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras,* trad. de Carrió, G. R. y Rabossi, E. A., Barcelona, Paidós, 1982. Edición original: *How to do Things with Words,* Londres-Oxford-Nueva York, 1962.

BALLWEG, Ottmar, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz,* Basel, Helbing-Lichtenhahn, 1970.

BIBEL, W., "Methods of Reasoning", *Fundamentals of Artificial Intelligence. An Advanced Course* (ed. de Bibel, W. y Jorrand, Ph.), Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer-Verlag, 1986.

BIOY CASARES y BORGES, *Los mejores cuentos policiales* (selección de Bioy Casares, Adolfo y Borges, Jorge Luis), Madrid, Alianza-Emecé, 1972.

BOBBIO, Norberto, y CONTE, Amedeo, *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960),* México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1965.

———, "Perelman e Kelsen", *Justice et Argumentation* (véase van Quickenborne, 1986).

BURTON, Steven J., *An Introduction to Law and Legal Reasoning,* Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1985.

CARRIÓ, Genaro R., *Apéndice* a Levi, E. H., *Introducción al razonamiento jurídico,* Buenos Aires, Eudeba, 1964.

———, *Principios jurídicos y positivismo jurídico,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

———, *Dworkin y el positivismo jurídico,* México, UNAM, 1981.

CASTAÑEDA, Héctor Neri, "On a Proposed Revolution in Logic", *Philosophy of Science,* vol. 27, 1960, pp. 279-292.

COMANDUCI, Paolo y GUASTINI, Ricardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti,* Torino, Giappichelli, 1989.

COPI, Irving M., *Introducción a la lógica,* trad. Míguez, N. A., Buenos Aires, Eudeba, 1986.

CORTINA, Adela, *Crítica y utopía: la escuela de Fracfort,* prólogo de Muguerza, J., Madrid, Cincel, 1985.

DEAÑO, Alfredo, *Introducción a la lógica formal,* Madrid, Alianza Universidad, 1974.

DEARIN, Ray D., "Justice and Justification in the New Rhetoric", en el vol. colectivo *Practical Reasoning in Human Affairs* (véase Perelman, 1986).

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously,* Londres, Duckworth, 1977. Hay trad. castellana de Gustavino, M., con introducción de Calsamiglia, A., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

———, *A matter of principles*, Harvard University Press, 1985.

———, *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1986. Hay trad. castellana de Ferrari, C., *El imperio de la justicia,* Barcelona, Gedisa, 1988.

ESSER, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado,* trad. de Valenti Fiol, E., de la ed. alemana de 1956, Barcelona, Bosch, 1961.

EZQUIAGA, Francisco J., *La argumentación en la justicia constitucional española,* Oñati, HAAE-IVAP, 1987.

———, *El voto particular* (estudio introductorio de Igartua, J.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

FISHER, Walter R., "Judging the Quality of Audiences", *Practical Reasoning in Human Affairs* (véase Perelman, 1986).

FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Gloucester (Massachusetts), Peter Smith, 1970.

FULLER, Lom L., *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

GIANFORMAGGIO, Letizia, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralitá dello scienziato all'imparzialita del giudice*, Milano, Edizioni di Cuminitá, 1973.

———, "Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine ad una teoria rocedurale dell'argumentazione giuridica", *Materiali per una Storia dela cultura giuridica*, t. XIV, núm. 2, 1984.

———, *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova,* Milán, Giuffre, 1987.

GIDDENS, Anthony, "Jürgen Haabermas", *El retorno de la gran teoría de las ciencias humanas* (compilación de Skinner, Q.), Madrid, Alianza Universidad, 1985.

GIULIANI, A., *Il concetto di prova. Contributi alla logica giurdica*, Milán, Giuffre, 1971.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, "The Burden of Argumentation in Legal Disputes", *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 1 bis, 1990, pp. 118-129.

GOLDEN, James L., "The Universal Audience Revisited", *Practical Reasoning in Human Affairs* (véase Perelman, 1986).

GONDING, Martin P., *Legal Reasoning,* Nueva York, Borzoi, 1984.

GÜNTHER, Klaus, "A Normative Conception of Coherence for a Discoursive Theory of Legal Justification", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, pp. 155-166.

———-, "Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation", *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, pp. 163-190.

HAAKONSSEN, H., "The Limits of Reason and the Inifinity of Argument", *A.R.S.P.,* núm. 67, 1981, pp. 491-503.

HAARSCHER, Guy, "Perelman and the Philosophy of Law", *Practical Reasoning in Human Affairs* (véase Perelman, 1986).

HABERMAS, Jürgen, "Teorías de la verdad", *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos,* trad. de Jiménez, M., Madrid, Cátedra, 1989.

———, "¿Qué significa pragmática universal?", *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos,* trad. de Jiménez, M., Madrid, Cátedra, 1989.

———, "Ética del discurso. Notas sobre un probgrama de fundamentación", *Conciencia moral y acción comunicativa,* trad. García Cotarelo, R., Barcelona, Península, 1985.

———, *Teoría de la acción comunicativa*m, trad. de Jiménez, M., Madrid, Taurus, 1987, 2 ts. ed. original: *Theorie des kommunikativen Handels,* Frankfurt a. M., Sunrkamp, 1981.

———, "¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?", *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 21-45.

———, "Towards a Communication-Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment", *Ratio Juris,* vol. 2, núm. 2, 1989, pp. 144-154.

HAFT, Fruthif, *Juristische Rhetorik,* 3a. ed., 1985.

HARRIS, J. W., *Legal philosophies,* Londres, Butterworths, 1980.

HART, H. L. A., Introducción a Perelman, Ch., *The Idea of Justice and the Problem of Argument,* Londres, Routledge and Keagan, 1963.

———, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980, pp. 3-18.

HORN, N., "Topik in der rechtstheotischer Diskussion", en Breuer D. y Schanze, H. (eds.), *Topik Beiträge zur interdisziplinären Diskussion,* München, Fink, 1981, pp. 57-64.

JANIK, Allan y TOULMIN, Stephen, *The Abuse of Casuitry. A History of Moral Reasoning,* University of California Press, 1988.

JORGENSEN, J., "Imperatives and Logic", *Erkennis*, 7, 1937-38.

KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídic* (trad. de Ca-

saubón, J. L. y supervisión de Vernal, J. L.,de la ed. francesa de 1965), Buenos Aires, Eudeba, 1973.

KAPLAN, Martin F., "A Model of Information Integration in Jury Deliberation", *Academic Psychology Bulletin,* núm. 5, 1983.

KASER, M., *El método de los juristas romanos* (trad. de Miguel, J., de la ed. alemana de 1962), Universidad de Valladolid, 1964.

KELSEN, Hans, *Die allgemeine Theorie der Normen,* Wien, 1979. Hay una ed. italiana de Losano, M. G., trad. de Torre, M., *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985.

KLEIN, W., "Argumentation und Argument", *Z. f. Lit. u. Ling.,* Heidelberg, núm. 38-39, 1980.

KLUG, Ulrich,. *Lógica jurídica,* trad. de Gardella, J. C. de la 4a. ed. alemana de 1982, Bogotá, Temis, 1990.

LAPORTA, Francisco, "Derecho y moral: Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", *Doxa*, núm. 8, 1990.

LAUGHLIN, Stanley K. y HUGHES, Daniel T., "The Rational and the Reasonable: Dialectic or Parallel System?", *Practical Reasoning in Human Affairs* (véase Perelman, 1986).

LEGAZ, Luis y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho,* 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1961.

LEVI, E. H., *Introducción al razonamiento jurídico,* trad. y notas de Carrió, G. R., ed. original inglesa, 1951, Buenos Aires, Eudeba, 1964.

LORENZEN, Paul, *Pensamiento metódico,* trad. de Garzón Valdés, E. de la ed. alemana de 1969, Buenos Aires, Sur, 1973.

LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* trad. de De Otto, I., de la ed. alemana de 1974, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MCCARTHY, Thomas, *Kritik der Verständigungsverhältnisse,* Frankfurt a. M., 1980.

———, *La teoría crítica de Jürgen Habermas,* trad. M. Jiménez, Madrid, Tecnos, 1987.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford University Press, 1978.

———, *H. L. A. Hart,* Londres, Edward Arnold, 1981a.

———, réplica a H. Haakonssen, "The Limits of Reason and the Infinity of Argument", *A. R. S. P.,* núm. 67, 1981b.

———, "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, núm. 2, 1982a, pp. 286-290.

———, "Legal Reason and Practical Reason", *Midwest Studies in Philosophy*, núm. 7, 1982b.

———, "On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin", *New York University Law Review,* vol. 58, núm. 2, 1983, pp. 239-258.

———, "On Reasonableness", *Les notions a contenu variable en Droit. Etudes publiée par Chaím Perelman et Raymond Vander Est,* Bruselas, E. Bruylant, 1984a.

———, "Coherence in Legal Justification", *Weinberger-Festschrift*, 1984b, pp. 37-53.

———, "The Limits of Rationality in Legal Reasoning", MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel, 1986, cap. IX, pp. 189-206. Este artículo había aparecido antes en *Rechtheorie*, 11. Band 8, 1985. Aquí se cita por la trad. castellana de Atienza, M. y Ruiz Manero, J., "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", *Derecho y moral. Ensayos analíticos* (coordinación de Botegón, J. y de Páramo, J. R., Barcelona, Ariel, 1990.

———, "Universalization and Induction in Law", *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bolongna, 12-15 December 1984,* Milán, Giuffre, vol. 1, 1987, pp. 91-105.

———, *Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems*, comunicación a la conferencia internacional "Lógica-Informática-Diritto", 1989b, Florencia (texto mecanografiado).

———, "The Ethics of Legalism", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989b, pp. 184-193.

——— y BANKOWSKI, Zenon, "Principles of Statutory Interpretation", Summers, Robert S., *et al*., *Legal Reasoning and Statutory Interpretation. Rotterdam Lectures in Jurisprudence 1986-1988,* Gouda Quint Bu Arnhem, Jan van Dunné, 1989.

MANELI, M., "The New Rhetoric and Dialectics", *Revue Internationale de Philosophie,* núm. 127 y 128, 1979.

MARDONES, José M., *Razón comunicativa y teoría crítica,* Universidad del País Vasco, 1985.

MARTINO, Antonio A., "Sistemas Expertos Legales", *Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1987, vol. 1.

MUGUERZA, Javier, "La Alternativa del Disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)", *El fundamento de los derechos humanos,* ed. de Peces-Barba, G., Madrid, Debate, 1989.

———, *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo,* México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1990.

NEUMANN, Ulfrid, *Juristische Argumentationslebre,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgessellschaft, 1986.

NINO, Carlos S., *La validez del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1985.

———, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

OLBRECHT-TYTECA, Lucie, "Les couples philosophiques", *Revue Internationale de Philosophie*, núm. 127-128, 1979.

OTTE, G., "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben", *Rechtstheorie*, núm. 1, 1970, pp. 183-197.

PÁRAMO, Juan Ramón de, "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril de 1988.

PECZENIK, Aleksander, *On law and Reason,* Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer Academic Publishers, 1989.

———, "Derecho y moral", *Doxa*, 1990, núm. 8.

PEREDA, Carlos, "Qué es una falacia", *Argumentación y Filosofía,* México, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1986.

PERELMAN, Chaïm, *De la justice*, Université libre de Bruxelles, 1945.

———, "L'argument Pragmatique", *Logique et Analyse,* Bruxelles, 1958. Publicado también en *Le champ de l'argumentation* (véase Perelman, 1968).

———, "Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe", *Archives de Philosophie du Droit*, París, núm. 7, Sirey, 1962.

———, *De la justicia* (introducción de Recaséns Siches, L., trad. Guerra), R., UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, cuaderno núm. 14, 1964; este texto es traducción de Perelman, 1945.

———, "Fúnf Vorlesungen über die Gerechtigkeit", *Über die Gerechtigkeit*, Munich, 1967a (trad. de Perelman, 1945).

———, "Le Raisonnement Practique", Perelman, Ch., *Le champ de l'argumentation,* Presses universitaires de Bruxelles, 1970, t. XLIII. Este trabajo había sido publicado anteriormente en *La philosophie contemporaine. Chroniques*, Florencia, La Nova Italia, 1968.

———, "Autorité, Ideologie et Violence", *Le champ de l'argumentation* (véase Perelman, 1968).

———, "Analogie et Métaphore en Science, Poésie et Philosophie", *Revue Internationale de Philosophie,* 1969. Este trabajo está incluido en el volumen *Le champ de l'argumentation* (véase Perelman, 1968).

———, "L'Usage et l'Abus des Notions Confuses", *Loggique et Analyse*, 1978, 81.

———, "La Philosophie du Pluralisme et la Nouvelle Rhetorique", *Revue Internationale de Philosophie*, núm. 127-128, 1979a.

———, *La lógica jurídica y la nueva retórica,* trad. de Picazo, L. Díez, Madrid, Civitas, 1979a. Edición original: *Logique juridique-Nouvele rhetorique*, París, Dalloz, 1976.

———, "The New Rhetoric and the Rhetoricians: Remembrance and Comments", *The Quarterly Journal of Speech,* 1984a, 70.

———, *Le raisonable et le déraisonnable en Droit,* en el libro del mismo título, L. G. L., París, 1984.

———, introducción al vol. colectivo *Practical Reasoning in Human Affairs. Studies in Honor of Chaïm Perelman* (ed. de Golden, James L. y Pilotta, Jospeh J.), Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, Reidel, 1986.

———, *Ethique et droit*, Editions de l'Universite de Bruxelles, 1990. Este libro es una recopilación de trabajos del autor sobre temas de ética y de argumentación jurídica.

——— OLBRECHT-TYTECA, Lucie, "Logique et Rhetorique", *Revue Philosophique de la France et de l'Etranger,* París, 1950.

———, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica,* trad. castellana de Sevilla Muñoz, Julia, Madrid, Gredos, 1989. La edición original: *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhetorique,* París, PUF, 1958; 5a. ed. en Editions de l'Université de Bruxelles, 1981. Trad. italiana: *Trattato dell'argomentazione* (prefacio de Bobbio, N.), Torino, Einaudi, 1966. Trad. inglesa: *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation,* Londres, University of Notre Dame Press, 1969.

PIERETTI, Antonio, *L'argomentazione nel discorso filosofico. Analisi critica del pensiero di Chaïm Perelman,* Firenze, Leandro Ugo Japadre Editore L'Aquila, 1969.

POLYA, George, *Matemáticas y razonamiento plausible,* trad. Abellán, J. L., Madrid, Tecnos, 1966.

PRONI, Gianpaolo, *Introduzione a Peirce,* Milán, Strumenti Bompiani, 1990.

QUESADA, Daniel, *La lógica y su filosofía. Introducción a la lógica,* Barcelona, Barcanova, 1985.

RAWLS, John, *A Theory of Justice,* Harvard University Press, 1971, trad. castellana de García, M. D., *Teoría de la justicia,* Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979.

RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", *Ronald Dworkin and Contemporany Jurisprudence* (ed. de Cohen, Marshall), Londres, Duckworth, 1984, pp. 73-87.

———, "Hart on Moral Rights and Legal Duties", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 4, núm. 1, 1984b.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho,* México, Dianoia, 1956.

REICHENBACH, Hans, *The Rise of Scientific Philosophy,* Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1951.

RICHARDS, David A., recensión de Alexy, R., "A Theory of legal Argumentation", *Ratio Juris,* vol. 2, 1989, pp. 304-17.

RODINGEN, Hubert, *Pragmatik der juristischen Argumentation: was Gesetze anrichten und was rechtens ist,* Freiburg-München, Albert, 1977.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica,* Madrid, Cuadernos Civitas, 1980.

ROSS, Alf, "Intemperatives and Logic", *Theoria,* 1941.

———, *Lógica de las normas* (trad. Hierro, J. S. P. de la ed. inglesa de 1967, *Directives and norms*), Madrid, Tecnos, 1971.

ROTTLEUTHNER, Hubert, recensión a Alexy, R., "Theorie der juristischen argumentation" (Alexy, 1978a), *Kritische Justiz,* núm. 12, 1979, pp. 332-4.

———, "Plädoyer für eine empirische Argumentationstheorie", *A.R.S.P.,* 1980, nueva serie, cuaderno 14, pp. 87-118.

RUDDEN, "Consequences", 24, *Juridical Review*, núm. 193, 1979, pp. 197-99.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SÁNCHEZ POZOS, Javier, "Lógica relevante I: Sus raíces y problema central", *Signo. Anuario de Humanidades (Filosofía),* México, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1990, t. III, pp. 171-180.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica juridica,* Coimbra, 1980 (separata del número es-

pecial del *Boletín de la Facultade de Direito de Coimbra: Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Texeira Ribeiro,* 1979).

SANTOS CAMACHO, Modesto, *Ética y filosofía analítica,* Pamplona, Eunsa, 1975.

SAVIGNY, Eike von, *Argumentation in der Literaturwissenschaft*, 1976.

SCHRECKENBERGER, Waldemar, *Rhetorische Semiotik. Analysen von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts,* Freiburg-München, Albert, 1978.

SCHROTH, Ulrich, "Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen", *A.R.S.P.,* nueva serie, cuaderno 14, 1980, pp. 119-126.

SEARLE, J. R., *Actos de habla,* trad. Valdés, L., Madrid, Cátedra, 1986. Edición original: *Speech Act,* Cambridge, 1969.

SEBEOK, Tomas A. y UMIKER-SEBEOK, Jean, *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de la investigación,* Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós Comunicación, 1987.

SEIBERT, Thomas-Michael, "Juristische Topik. Ein Beispiel für die argumentative Wechselbeziehung zwischen Situation und Fall, Regel und Ausnahme", *Artumentation. Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik,* 1980, pp. 169-177.

SILTALA, Raimo, "Derecho, moral y leyes inmorales", *Doxa,* núm. 8, 1990.

STRUCK, Gerhard, *Topische Jurisprudenz,* Athenäum, Frankfurt a. M., 1971.

SUMMERS, Robert S., "Two Types of Substantive Reasons: The Core of A Theory of Common Law Justification", *Cornell Law Review,* núm. 63, 1978.

———, "Comments on 'The Foundation of Legal Reasoning'" (véase Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981), en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de Krawietz, Werner y Alexy, Robert), Berlín, Duncker-Humblot, 1983.

SUSSKIND, Richard, *Expert System in Law,* Oxford, Clarendon Press, 1987.

TOULMIN, Stephen E., *The Uses of Argument,* Cambridge University Press, 1958.

———, *Human Understanding*, Princeton, 1972.

———, *El puesto de la razón en la ética,* trad. de Ariza, I. F., Madrid, Alianza Editorial, 1979. La ed. original es de 1948.

——— *et al., An Introduction to Reasoning,* 2a. ed., Nueva York, MacMillan, 1984; 1a. ed., 1978.

TUGENDHAT, Ernst, "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", *A.R.S.P.,* Nueva serie, cuaderno 14, 1980, pp. 1-20.

———, "Tres lecciones sobre problemas de la ética", *Problemas de la ética,* trad. Vigil, J., Barcelona, Crítica, 1988.

TUORI, Kaarlo, "Ética discursiva y legitimidad del derecho", *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 47-68. Este trabajo coincide parcialmente con Tuori, 1989.

———, "Discourse Ethics and the Legitimacy of Law", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, pp. 125-43.

VAN QUICKENBORNE, Marc, "La Justice selon Ch. Perelman et John Rawls", *Justice et Argumentation. Essais á la memoire de Chaïm Perelman* (ed. de Haarscher, Guy y Ingber, Léon), Editions de l'Université de Bruxelles, 1986.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de Díez Picazo, L. de la 2a. ed. alemana de 1963; prólogo de García de Enterría, G.), Madrid, Taurus, 1964.

———, *Topíca y filosofía del derecho* (versión castellana de Seña, Jorge M., corrección de Garzón Valdés, E. y Zimmerling, R.), Barcelona, Gedisa, 1990. En este libro se reúnen los trabajos del autor a partir de 1960.

VON WRIGHT, George H., *Norma y acción. Una investigación lógica,* Madrid, Tecnos, 1970; ed. original: *Norm and Action,* Londres, 1963.

———, *Lógica deóntica,* trad. Rodríguez Marín, J., Valencia, Cuadernos Teorema, 1979; ed. original, *Deontic Logic,* 1951.

WASSERSTROM, Richard A., *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification,* Stanford University Press, 1961.

WEINBERGER, Ota, "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentatio", *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de Krawietz, W. y Alexy, R.), Berlín, Duncker-Humblot, 1983.

WELLMAN, Vincent A., "Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an adequate Theory", *University of Colorado Law Review*, núm. 57, 1985, pp. 45-115.

WHITE, White, "Philosophy and Law: Some Observations on MacCormick's Legal Reasoning and Legal Theory", *Michigan Law Review*, núm. 78, 1979, pp. 737-742.

WILSON, Alida, "The Nature of Legal Reasoning: A Commentary with special reference to professor MacCormick's Theory", *Legal Studies,* núm. 2, 1982, pp. 269-285.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal Decision and its Justification", *Le raisonnement juridique*, Actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (ed. de Hubien, H.), Bruselas, 1971, pp. 409-419.

———, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46.

———, "Logique Juridique et Théorie de l'Argumentation de Ch. Perelman", *Justice et Argumentation* (véase Van Quickenborne, 1986), 1986.

ZYSKIND, H., "The New Rhetoric and Formalism", *Revue Internationale de Philosophie,* núm. 127-128, 1979.

Manuel Atienza

Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de Alicante, España; director de la revista *Doxa*, y vicepresidente de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social.

Autor de las siguientes publicaciones: *Derecho y argumentación, La guerra de las falacias*, *El sentido del derecho y Cuestiones judiciales; en coautoría*, *Marxismo y filosofía del derecho*, *Las piezas del derecho, e Ilícitos atípicos*.